



# TRATADO DE DERECHO DE LA VIVIENDA

3 volúmenes

1.<sup>a</sup> edición

MATILDE CUENA CASAS  
JULIO TEJEDOR BIELSA  
(DIRECTORES)

BOLETÍN  
OFICIAL DEL  
ESTADO

# TRATADO DE DERECHO DE LA VIVIENDA

ESTUDIOS JURÍDICOS, 23

# TRATADO DE DERECHO DE LA VIVIENDA

Volumen I

DIRECTORES:

MATILDE CUENA CASAS

*Catedrática de Derecho Civil. Universidad Complutense.*

JULIO TEJEDOR BIELSA

*Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza*

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA  
Y RELACIONES CON LAS CORTES

---

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Madrid, 2025

Primera edición: octubre de 2025

Proyecto de Investigación I+D PID 2021-124953NB: «La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y multidisciplinar». Financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación

Investigadora principal: Matilde Cuenca Casas

© De los contenidos, sus autores

© Para esta edición. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2025



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 144-25-119-8(edición en papel)

144-25-120-0 (edición en línea, PDF)

144-25-118-2 (edición en línea, Epub)

ISBN: 978-84-340-3090-9

Depósito legal: M-19628-2025

Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado  
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid



## SUMARIO

|                                                  | Páginas |
|--------------------------------------------------|---------|
| LISTADO DE AUTORES. ....                         | XIII    |
| ABREVIATURAS .....                               | XIX     |
| PRESENTACIÓN. <i>Directores de la obra</i> ..... | XXXI    |
| PRÓLOGO. <i>Sergio Nasarre Aznar</i> .....       | XXXIX   |

### Volumen I

#### SECCIÓN 1. DERECHO A LA VIVIENDA

##### I. DERECHO A LA VIVIENDA Y VIVIENDA HABITUAL. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

*Coordinación: Julio Tejedor Bielsa*

|                                                                                                                                                       |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. <b>Marco general del derecho a la vivienda.</b> <i>Julio Tejedor Bielsa</i> .....                                                                  | 49  |
| B. <b>El derecho a la vivienda en el contexto internacional</b> .....                                                                                 | 87  |
| B.1 <b>La dimensión americana y su relación con el caso argentino.</b> <i>Christian Alberto Cao</i> .....                                             | 87  |
| B.2 <b>El derecho a la vivienda en el derecho comparado europeo: modelos e imitaciones.</b> <i>Sabrina Ragone y Valentina Capuozzo</i> ...            | 107 |
| C. <b>La tutela del derecho a una vivienda digna en el Derecho y en la jurisprudencia de la Unión Europea.</b> <i>José María Fernández Seijo</i> .... | 127 |
| D. <b>Objeto. Concepto de vivienda habitual. Delimitación de otras figuras afines.</b> <i>Gemma Caballé Fabra</i> .....                               | 145 |



|                                                                                                                                                                                                                                  | Páginas |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| E. <b>Acción pública en materia de vivienda. El problema de la distribución de competencias en materia de vivienda e introducción a la vivienda social, vivienda asequible y el sinhogarismo.</b> <i>Nuria Lambea Llop</i> ..... | 159     |
| F. <b>Sujetos. Colectivos (vulnerables/menores). Grandes tenedores.</b> <i>Nicolás Alejandro Guillén Navarro</i> .....                                                                                                           | 183     |
| G. <b>Función social de la propiedad vinculada al derecho a la vivienda.</b> <i>Juli Ponce Solé</i> .....                                                                                                                        | 207     |
| H. <b>Orden de distribución de competencias en materia de vivienda.</b> <i>Luis Pomed Sánchez</i> .....                                                                                                                          | 233     |

## SECCIÓN 2. LA VIVIENDA EN EL CONTEXTO EUROPEO. MODELOS COMPARADOS

### II. VIVIENDA Y MERCADO DE LA VIVIENDA EN EL CONTEXTO EUROPEO

*Coordinación: Enrique Bueso Guirao y Sorchá Edward (Housing Europe)*

|                                                                                                                                                     |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. <b>El derecho a la vivienda en el contexto europeo.</b> <i>VV. AA.</i> .....                                                                     | 261 |
| B. <b>Modelos comparados de provisión, de tenencia de vivienda en el mercado y de intervención en el mercado de la vivienda.</b> <i>VV. AA.</i> ... | 275 |
| C. <b>El desarrollo y la gestión de la vivienda pública en Europa. El promotor y gestor público de vivienda.</b> <i>VV. AA.</i> .....               | 301 |

## SECCIÓN 3. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL MERCADO DE LA VIVIENDA

*Coordinación: José García Montalvo y José María Raya*

### III. ANÁLISIS ECONÓMICO Y DE EFICIENCIA DEL MERCADO Y LAS POLÍTICAS DE VIVIENDA

|                                                                                                               |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. <b>Análisis económico del mercado de la vivienda.</b> <i>José García Montalvo y Josep María Raya</i> ..... | 313 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|



## SECCIÓN 4. VIVIENDA COMO OBJETO DE DERECHOS

### IV. GARANTÍAS EN EL ACCESO Y LA TENENCIA DE LA VIVIENDA

*Coordinación: María Teresa Alonso Pérez*

|                                                                                                                                                                                           |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. <b>La protección del adquirente de vivienda por incumplimiento de los deberes de información precontractual.</b> <i>Loreto Carmen Mate Satué</i> .....                                 | 343 |
| B. <b>Garantías por pagos a cuenta.</b> <i>Jesús Estruch Estruch</i> .....                                                                                                                | 365 |
| C. <b>Responsabilidad civil por falta de conformidad de la vivienda adquirida a través de un contrato de compraventa o de un contrato de obra.</b> <i>María Teresa Alonso Pérez</i> ..... | 397 |
| D. <b>Transparencia urbanística.</b> <i>Aurelio Barrio Gallardo</i> .....                                                                                                                 | 429 |

### V. MODOS DE ADQUIRIR LA VIVIENDA HABITUAL

*Coordinación: Ana Lambea Rueda*

|                                                                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. <b>Régimen general: promoción pública y privada.</b> <i>Vega María Arnáez Arce</i> .....                                      | 455 |
| B. <b>Adquisición del promotor y autopromoción individual.</b> <i>Adela Serra Rodríguez</i> .....                                | 481 |
| C. <b>Cooperativas: adjudicación en propiedad y cesión de uso de la vivienda. Otros supuestos.</b> <i>Ana Lambea Rueda</i> ..... | 511 |

### VI. FORMAS DE TENENCIA DE LA VIVIENDA HABITUAL

*Coordinación: Carmen Callejo Rodríguez y Alejandro Fuentes Lojo*

|                                                                                                   |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. <b>Propiedad de la vivienda.</b> .....                                                         | 543 |
| A.1 <b>Propiedad individual.</b> <i>Amelia Sánchez Gómez</i> .....                                | 543 |
| A.2 <b>Propiedad horizontal.</b> <i>Amelia Sánchez Gómez</i> .....                                | 563 |
| A.3 <b>La protección constitucional de la propiedad privada.</b> <i>Hector Simón Moreno</i> ..... | 585 |



|                                                                                                                                                       | Páginas |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| B. <b>La tenencia arrendaticia.</b> .....                                                                                                             | 607     |
| B.1 <b>Aspectos prácticos relevantes en la regulación del contrato de arrendamiento de vivienda.</b> <i>Carmen Callejo Rodríguez</i> .....            | 607     |
| B.2 <b>Intervención del mercado del alquiler. Control de rentas y limitación de garantías.</b> <i>Elga Molina Roig</i> .....                          | 629     |
| B.3 <b>Problemas que plantea la evaluación de la solvencia del arrendatario.</b> <i>Matilde Cuenca Casas</i> .....                                    | 659     |
| B.4 <b>Examen crítico de las últimas reformas legales sobre la regulación de arrendamientos de vivienda.</b> <i>Alejandro Fuentes-Lojo Rius</i> ..... | 677     |
| C. <b>Vivienda compartida y temporal. Usufructo. Derecho de superficie.</b> <i>Josep M.ª Espinet Asensio</i> .....                                    | 695     |
| D. <b>¿Nuevas formas de tenencia y alojamiento? «Cohousing, coliving».</b> <i>Ángel Juárez Torrejón</i> .....                                         | 725     |
| E. <b>Modalidades de uso de la vivienda en los Derechos forales.</b> <i>Verónica San Julián Puig</i> .....                                            | 749     |

## VII. FINANCIACIÓN PARA LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA HABITUAL, CRÉDITO INMOBILIARIO Y CRÉDITO HIPOTECARIO

*Coordinación: María Goñi Rodríguez de Almeida*

|                                                                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. <b>Vivienda habitual y crédito hipotecario</b> .....                                                                                    | 783 |
| A.1 <b>Particularidades del crédito hipotecario para vivienda habitual. Panorama general.</b> <i>Fernando Gomá Lanzón</i> .....            | 783 |
| A.2 <b>Pluralidad de fuentes de regulación de los créditos hipotecarios e inmobiliarios: delimitación.</b> <i>Helena Díez García</i> ..... | 795 |
| A.3 <b>Acceso al crédito hipotecario. Deber de Transparencia.</b> <i>Segismundo Álvarez Royo-Villanova</i> .....                           | 821 |
| A.4 <b>Crédito responsable y prevención del sobreendeudamiento hipotecario.</b> <i>Matilde Cuenca Casas</i> .....                          | 845 |
| A.5 <b>Gestión público-privada de situaciones de crisis.</b> <i>Ana María De la Encarnación</i> .....                                      | 875 |
| A.6 <b>Hipoteca inversa y vivienda habitual: su fracaso histórico y su viabilidad.</b> <i>Pedro Garrido Chamorro</i> .....                 | 899 |
| B. <b>Vivienda habitual y crédito inmobiliario. Otras formas de garantía.</b> <i>Beatriz Sáenz de Jubera Higuero</i> .....                 | 925 |
| C. <b>«Crowdfunding» inmobiliario y vivienda habitual.</b> <i>Teresa Asunción Jiménez París</i> .....                                      | 953 |



## VIII. VIVIENDA HABITUAL Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

*Coordinación: Diego de Vigil Quiñones*

|    |                                                                                                                                                                                                           |      |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| A. | <b>Los principios hipotecarios y la problemática de la vivienda.</b> <i>Diego Vigil de Quiñones Otero</i> .....                                                                                           | 981  |
| B. | <b>Tratamiento registral de vivienda protegida.</b> <i>Rocío Perteguer Prieto</i> .....                                                                                                                   | 1001 |
| C. | <b>Vivienda habitual y propiedad horizontal. Especial referencia a la problemática de las comunidades con viviendas turísticas.</b> <i>Juan Pablo Murga Fernández</i> .....                               | 1015 |
| D. | <b>Cooperativas de vivienda y Registro de la Propiedad.</b> <i>María Paula Rodríguez Liévano</i> .....                                                                                                    | 1051 |
| E. | <b>Protección registral de la vivienda familiar: la constancia registral del carácter de vivienda familiar y sus consecuencias en ejecuciones forzosas.</b> <i>María Goñi Rodríguez del Almeida</i> ..... | 1081 |

## IX. VIVIENDA Y SUCESIÓN «MORTIS CAUSA». ESPECIALIDADES DE RÉGIMEN

*Coordinación: Clara Gago Simarro*

|    |                                                                                                                   |      |
|----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| A. | <b>Disposición «mortis causa» de la vivienda habitual en propiedad.</b> <i>Clara Gago Simarro</i> .....           | 1107 |
| B. | <b>Subrogación «mortis causa» en la vivienda arrendada.</b> <i>Clara Gago Simarro</i> .....                       | 1121 |
| C. | <b>Protección de la vivienda familiar en los derechos civiles autonómicos.</b> <i>Clara Gago Simarro</i> .....    | 1133 |
| D. | <b>Derecho de habitación en favor del legitimario en situación de discapacidad.</b> <i>Teresa López Tur</i> ..... | 1155 |



## LISTADO DE AUTORES TRATADO DE DERECHO DE LA VIVIENDA

### DIRECTORES:

**Matilde Cuena Casas.** *Catedrática de Derecho Civil. Universidad Complutense.*  
m.cuena@telefonica.net

**Julio Tejedor Bielsa.** *Catedrático de Derecho administrativo. Universidad de Zaragoza. Abogado.* tejedorj@unizar.es

### COORDINADORA GENERAL DE LA OBRA:

**María Teresa Alonso Pérez.** *Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza.*  
alonso@unizar.es

### COORDINADORES:

**María Teresa Alonso Pérez.** *Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza.*  
alonso@unizar.es

**Cristina Argelich Comelles.** *Profesora Ayudante Doctor –acreditada a Contratado Doctor– de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.* cristina.argelich@uam.es

**Enrique Bueso Guirao.** *Asesor jurídico de la Asociación Española de Gestores Públicos de Vivienda y Suelo (AVS), Abogado. Máster en Urbanismo y Ordenación del Territorio y Doctor en Derecho por el Departamento de Derecho Administrativo, Urbanismo y Ordenación del Territorio de la Universidad Politécnica de Valencia.*

**Ignacio Cubillo López.** *Profesor Titular (acreditado como Catedrático) de Derecho Procesal de Córdoba.* dc1cubli@uco.es y cubillo@der.ucm.es

**Francisco López Simó.** *Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de las Islas Baleares.* francisco.lopezsimo@uib.es



- Ana Lambea Rueda.** *Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Complutense.*  
ana.lambea@der.ucm.es
- María Goñi Rodríguez de Almeida.** *Profesora de Derecho Civil. Universidad Francisco de Vitoria.* maria.goni@ufv.es
- Carmen Callejo Rodríguez.** *Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Complutense.* ccallejo@ucm.es
- José García Montalvo.** *Catedrático de economía aplicada. Universidad Pompeu Fabra.* jgmontalvo@gmail.com
- Alejandro Fuentes-Lojo.** *Abogado.* a.fuenteslojo@fuenteslojo.com
- Diego de Vigil Quiñones.** *Registrador de la propiedad. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil IEB-UCM.* dvigilotero@hotmail.com
- Clara Gago.** *Profesora de Derecho civil de la Universidad de Oviedo.* gagoclara@uniovi.es
- Carmen López Rendo.** *Abogada especializada en Derecho de familia y Profesora Titular. Universidad de Oviedo.* clopezrendo@gmail.com
- Juli Ponce Solé.** *Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Barcelona.* jponce@ub.edu
- Felipe Iglesias González.** *Profesor Titular de Derecho administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Consultor de Uría Menéndez en Madrid.* felipe.iglesias@uam.es
- Elisa Moreu Carbonell.** *Profesora Titular de Derecho administrativo. Universidad de Zaragoza.* emoreu@unizar.es
- Cristina Bueno Maluenda.** *Profesora Titular de Derecho financiero y tributario. Universidad de Zaragoza.* cribueno@unizar.es
- Marcos Vaquer Caballería.** *Catedrático de Derecho administrativo. Universidad Carlos III.* mvaquer@der-pu.uc3m.es
- Enrique Bueso Guirao.** *Doctor en Derecho. Gerente de la Asociación Española de Promotores Públicos de Vivienda y Suelo.* ebueso@promotorespublicos.org
- Juan Manuel Pérez Mira.** *Doctor en Economía. Socio director de AGES GPR. Consultor de sector público.* jmp@agesasesores.org
- Belinda López Mesa.** *Catedrática de Construcciones Arquitectónicas. Universidad de Zaragoza.* belinda@unizar.es
- Juan Pemán Gavín.** *Catedrático de Derecho administrativo. Universidad de Zaragoza.* jpemang@unizar.es
- Andrés Boix Palop.** *Profesor Titular de Derecho administrativo. Universidad de Valencia.* Andres.Boix@uv.es
- Sorcha Edward.** *Secretaria General de Housing Europe.* sorch.edwards@housingeurope.eu

#### AUTORES:

- Felip Alba Cladera.** *Profesor Ayudante Doctor –acreditado a Contratado Doctor– de Derecho Procesal de la Universidad de las Islas Baleares.*
- María Teresa Alonso Pérez.** *Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza.*
- Segismundo Álvarez Royo-Villanova.** *Notario.*
- Cristina Argelich Comelles.** *Profesora Ayudante Doctor –acreditada a Contratado Doctor– de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.*



- Vega María Arnaez Arce.** *Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Deusto.*
- María José Azaustre.** *Profesora de Derecho romano. Universidad de Oviedo.*
- Aurelio Barrio Gallardo.** *Profesor Titular de Derecho civil. Universidad de Zaragoza.*
- Carlos Beltrán Velamazán.** *Investigador del área de Construcciones Arquitectónicas de la Universidad de Zaragoza.*
- Andrés Boix Palop.** *Profesor Titular de Derecho administrativo. Universidad de Valencia.*
- Sofía Borgia Sorrosal.** *Profesora de Derecho financiero y tributario. Universidad Francisco de.*
- Cristina Bueno Maluenda.** *Profesora Titular de Derecho financiero y tributario. Universidad de Zaragoza.*
- Enrique Bueso Gómez.** *Abogado especialista en derecho público, urbanismo y derecho de la edificación. · Carrau corporación.*
- Enrique Bueso Guirao.** *Asesor jurídico de la Asociación Española de Gestores Públicos de Vivienda y Suelo (AVS), Abogado. Máster en Urbanismo y Ordenación del Territorio y Doctor en Derecho por el Departamento de Derecho Administrativo, Urbanismo y Ordenación del Territorio de la Universidad Politécnica de Valencia. Doctor en Derecho. Gerente de la Asociación Española de Promotores Públicos de Vivienda y Suelo.*
- Gemma Caballé Fabra.** *Investigadora postdoctoral en la Cátedra UNESCO d'Habitatge de la Universitat Rovira y Virgili.*
- Carmen Callejo Rodríguez.** *Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Complutense.*
- Alex Canals Compan.** *Profesor asociado de Derecho administrativo de la Universidad de Barcelona.*
- Christian Alberto Cao.** *Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Buenos Aires.*
- Valentina Capuozzo.** *Profesora en el Departamento de Ciencias políticas y sociales. Universidad de Bolonia.*
- Asunción Casabona Berberana.** *Doctora en Derecho y Jefa del Servicio de Patrimonio del Gobierno de Aragón.*
- Ignacio Cubillo López.** *Profesor Titular (acreditado como Catedrático) de Derecho Procesal de Córdoba.*
- Helena Díez García.** *Catedrática de Derecho Civil. Universidad de León.*
- Sorcha Edward.** *Secretaria General de Housing Europe.*
- Daniel B. Entrena Ruiz.** *Profesor titular de Derecho administrativo, Universidad Carlos III de Madrid.*
- Josep Maria Espinet Asensio.** *Abogado Espinet Advocats.*
- Almudena Espinosa.** *Profesora Contratada Doctora del área de Construcciones Arquitectónicas de la Universidad de Zaragoza.*
- Jesús Estruch Estruch.** *Catedrático de Derecho civil. Universidad de Valencia.*
- Rafael Fernández Bautista.** *Abogado y doctor en Derecho.*
- Ignacio Fernández Chacón.** *Profesor de Derecho civil. Universidad de Oviedo.*
- José María Fernández Seijo.** *Magistrado especialista en asuntos mercantiles. Titular del Juzgado Mercantil n.º 11 de Barcelona.*
- Alejandro Fuentes-Lojo.** *Abogado.*
- Clara Gago.** *Profesora de Derecho civil de la Universidad de Oviedo.*



- Gerardo García Álvarez.** *Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Zaragoza.*
- José García Montalvo.** *Catedrático de economía aplicada. Universidad Pompeu Fabra.*
- Pedro Garrido Chamorro.** *Notario.*
- Judith Gifreu Font.** *Profesora de Derecho Administrativo, Universitat Autònoma de Barcelona.*
- Clàudia Gimeno Fernández.** *Profesora de Derecho Administrativo, Universitat de València.*
- Fernando Gomá Lanzón.** *Notario.*
- Marta Gómez Gil.** *Profesora con contrato de interinidad del área de Construcciones Arquitectónicas de la Universidad de Zaragoza.*
- Nicolás Guillén Navarro.** *Profesor de Derecho Administrativo y Director de la Escuela de Turismo de la Universidad de Zaragoza.*
- Felipe Iglesias González.** *Profesor Titular de Derecho administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Consultor de Uría Menéndez en Madrid.*
- Albert Ituren i Oliver.** *Profesor de Derecho Administrativo, Universitat de València.*
- Abderrahim Khairi.** *Coordinadora de miembros y eventos Housing Europe.*
- Teresa Jiménez Paris.** *Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Complutense.*
- Ángel Juárez Torrejón.** *Profesor Visitante Universidad Carlos III.*
- Nuria Lambea Llop.** *Subdirectora e investigadora postdoctoral en la Cátedra UNESCO d'Habitatge de la Universitat Rovira i Virgili.*
- Ana Lambea Rueda.** *Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Complutense.*
- Belinda López Mesa.** *Catedrática de Construcciones Arquitectónicas. Universidad de Zaragoza.*
- Carmen López Rendo.** *Abogada especializada en Derecho de familia y Profesora Titular. Universidad de Oviedo.*
- Francisco López Simó.** *Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de las Islas Baleares.*
- Teresa López Tur.** *Profesora de Derecho civil. Universidad Islas Baleares.*
- Joaquín López Vallés.** *Asesor Principal en el Banco Mundial. Técnico Comercial y Economista del Estado.*
- Vicente Magro Servet.** *Magistrado del Tribunal Supremo.*
- Loreto Carmen Mate Satué.** *Profesora permanente laboral de Derecho civil. Universidad de Zaragoza.*
- Elga Molina Roig.** *Directora General de vivienda de Navarra. Asesora jurídica en vivienda en SMHAUSA. Doctora en Derecho Civil.*
- Lucía M. Molinos Rubio.** *Profesora Contratada doctora de Derecho financiero y tributario. Universidad de Zaragoza.*
- Marta Monzón Chavarrías.** *Profesora Titular de Universidad del área de Construcciones Arquitectónicas de la Universidad de Zaragoza.*
- Elisa Moreu Carbonell.** *Profesora Titular de Derecho administrativo. Universidad de Zaragoza.*
- Juan Pablo Murga Fernández.** *Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Sevilla.*
- Sergio Nasarre Aznar.** *Catedrático de Derecho civil. Universidad Rovira i Virgili.*
- Juan Pemán Gavín.** *Catedrático de Derecho administrativo. Universidad de Zaragoza.*



- Silvia Pereira Puigvert.** *Profesora Agregada de Derecho Procesal de la Universidad de Girona.*
- Juan Manuel Pérez Mira.** *Doctor en Economía. Socio director de AGES GPR. Consultor de sector público.*
- Rocío Perteguer.** *Registradora de la Propiedad.*
- Johanne Pilippe.** *Asistente de políticas Housing Europe.*
- Alice Pittini.** *Directora de investigación Housing Europe.*
- Luis Pomed Sánchez.** *Letrado Jefe de Doctrina Constitucional en el Tribunal Constitucional de España. Profesor titular (en excedencia) de Derecho administrativo.*
- Juli Ponce Solé.** *Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Barcelona.*
- Sabrina Ragone Prieto.** *Profesora asociada en el Departamento de Ciencias políticas y sociales de la Universidad de Bolonia.*
- José María Raya.** *Catedrático de Economía en Tecnocampus, Universidad Pompeu Fabra.*
- María Goñi Rodríguez de Almeida.** *Profesora de Derecho Civil. Universidad Francisco de Vitoria.*
- María Paula Rodríguez Liévano.** *Doctora en Derecho. Investigadora Universitat Rovira i Virgili.*
- Beatriz Sáenz de Jubera Higuero.** *Profesora Contratada Doctora de Derecho civil, Universidad de la Rioja.*
- José María Salcedo.** *Abogado especialista en Derecho fiscal.*
- Verónica San Julián.** *Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Navarra.*
- Víctor Manuel Sánchez Blázquez.** *Profesor Titular de Derecho financiero y tributario. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.*
- Bárbara Sánchez López.** *Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid.*
- Camino Sanciñena Asurmendi.** *Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Oviedo.*
- Adela Serra Rodríguez.** *Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.*
- Ana Silvestre Navarro.** *Técnica jurídica de la Asociación española de gestores públicos de vivienda y suelo (AVS), Máster en planificación territorial, medioambiental y urbana por el departamento de derecho administrativo, urbanismo y ordenación del territorio de la universidad politécnica de Valencia.*
- Héctor Simón Moreno.** *Profesor de Derecho Civil en la Universidad Rovira i Virgili. Director de la Cátedra de la UNESCO de vivienda.*
- Nélida Tur Faundez.** *Catedrática de Derecho Civil. Universidad Islas Baleares.*
- Lucía Urbano Sánchez.** *Profesora de Derecho financiero y tributario. Universidad de Córdoba.*
- Ana María de la Encarnación Valcárcel.** *Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Valencia.*
- Marcos Vaquer Caballería.** *Catedrático de Derecho administrativo. Universidad Carlos III.*
- Carlos Viader Castro.** *Magistrado.*
- Diego de Vigil Quiñones.** *Registrador de la propiedad. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil IEB-UCM.*



## ABREVIATURAS

|        |                                                                                                                                                    |
|--------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| AAMN   | Anales de la Academia Matritense del Notariado                                                                                                     |
| AC     | Actualidad Civil                                                                                                                                   |
| ACR    | Anuario Capital Riesgo                                                                                                                             |
| ADC    | Anuario de Derecho Civil                                                                                                                           |
| ADcon  | Anuario de Derecho Concursal                                                                                                                       |
| AEAT   | Agencia Estatal de Administración Tributaria                                                                                                       |
| AFDUAM | Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM                                                                                                        |
| AHDE   | Anuario de Historia del Derecho Español                                                                                                            |
| AJD    | Actos Jurídicos Documentados                                                                                                                       |
| AJEC   | Acuerdo de la Junta Electoral Central                                                                                                              |
| ATC    | Auto del Tribunal Constitucional                                                                                                                   |
| ATCu   | Auto del Tribunal de Cuentas                                                                                                                       |
| ATS    | Auto del Tribunal Supremo                                                                                                                          |
| ATSJ   | Auto del Tribunal Superior de Justicia                                                                                                             |
| BCE    | Boletín de las Comunidades Europeas                                                                                                                |
| BME    | Bolsas y Mercados Españoles                                                                                                                        |
| BIMJ   | Boletín de Información del Ministerio de Justicia                                                                                                  |
| BJC    | Boletín de Jurisprudencia Constitucional                                                                                                           |
| BOCG   | Boletín Oficial de las Cortes Generales                                                                                                            |
| BOE    | Boletín Oficial del Estado                                                                                                                         |
| BORME  | Boletín Oficial del Registro Mercantil                                                                                                             |
| CC     | Código Civil, de 24 de julio de 1889                                                                                                               |
| CCAA   | Comunidades Autónomas                                                                                                                              |
| CCCat  | Código civil catalán                                                                                                                               |
| CCJC   | Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil                                                                                                          |
| CCom   | Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio                                                                  |
| CD     | Congreso de los Diputados                                                                                                                          |
| CDFA   | Código de Derecho Foral de Aragón                                                                                                                  |
| CE     | Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978                                                                                                  |
| CEDH   | Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, y Protocolos Adicionales |
| CEE    | Comunidad Económica Europea                                                                                                                        |



## TRATADO DE DERECHO DE LA VIVIENDA

|        |                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|--------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| CGPJ   | Consejo General del Poder Judicial                                                                                                                                                                                                                                                            |
| CMNUCC | Convención Marco, de 9 de mayo de 1992, de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático                                                                                                                                                                                                      |
| CNMV   | Comisión Nacional del Mercado de Valores                                                                                                                                                                                                                                                      |
| CP     | Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal                                                                                                                                                                                                                                    |
| CPM    | Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprueba el Código Penal Militar                                                                                                                                                                                                        |
| CR     | Convenio de Roma                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| CVDT   | Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados                                                                                                                                                                                                                                          |
| D      | Decreto                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| DA     | Documentación Administrativa                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| DCI    | Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y Del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n o 1093/2010 |
| DGDEJ  | Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas                                                                                                                                                                                                                                            |
| DGRN   | Dirección General de los Registros y del Notariado                                                                                                                                                                                                                                            |
| DGSJFP | Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública                                                                                                                                                                                                                                          |
| DGT    | Dirección General de Tributos                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| DOCE   | Diario Oficial de las Comunidades Europeas                                                                                                                                                                                                                                                    |
| DOUE   | Diario Oficial de la Unión Europea                                                                                                                                                                                                                                                            |
| DSS    | Diario de Sesiones del Senado                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| DUDH   | Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948                                                                                                                                                                                                                         |
| EAA    | Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía                                                                                                                                                                                                      |
| EAAR   | Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón                                                                                                                                                                                                           |
| EAAS   | Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Asturias                                                                                                                                                                                                               |
| EAC    | Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña                                                                                                                                                                                                         |
| EACAN  | Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias                                                                                                                                                                                                                   |
| EACANT | Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cantabria                                                                                                                                                                                                                |
| EACE   | Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta                                                                                                                                                                                                                        |
| EACLM  | Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha                                                                                                                                                                                                          |
| EACM   | Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid                                                                                                                                                                                                     |
| EACV   | Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana                                                                                                                                                 |
| EACYL  | Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León                                                                                                                                                                                             |
| EAEX   | Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura                                                                                                                                                                             |
| EAG    | Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía de Galicia                                                                                                                                                                                                                       |
| EAIB   | Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears                                                                                                                                                                                              |



## ABREVIATURAS

|        |                                                                                                                                                                                                               |
|--------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| EAME   | Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla                                                                                                                                      |
| EAMU   | Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de Murcia                                                                                                                                        |
| EAPV   | Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco                                                                                                                          |
| EAR    | Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja                                                                                                                                      |
| EDAV   | Régimen especial de las Entidades Dedicadas al Arrendamiento de Vivienda                                                                                                                                      |
| EM     | Exposición de Motivos                                                                                                                                                                                         |
| ERD    | Entidades de Reducida Dimensión                                                                                                                                                                               |
| FDFI   | Ficha de Datos Fundamentales de la Inversión                                                                                                                                                                  |
| FII    | Fondos de Inversión Inmobiliaria                                                                                                                                                                              |
| FJ     | Fundamento Jurídico                                                                                                                                                                                           |
| FN     | Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo de Navarra                                                                                   |
| IBI    | Impuesto sobre Bienes Inmuebles                                                                                                                                                                               |
| ICAC   | Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas                                                                                                                                                              |
| IIVTNU | Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (plusvalía municipal)                                                                                                              |
| Indret | InDret. Revista para el Análisis del Derecho                                                                                                                                                                  |
| IRPF   | Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas                                                                                                                                                               |
| IS     | Impuesto de Sociedades                                                                                                                                                                                        |
| ISyD   | Impuesto de Sucesiones y Donaciones                                                                                                                                                                           |
| ITPAJD | Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados                                                                                                                                     |
| IVA    | Impuestos sobre el Valor Añadido                                                                                                                                                                              |
| IVVCAT | Impuesto catalán sobre las Viviendas Vacías                                                                                                                                                                   |
| IVVVAL | Impuesto sobre las Viviendas Vacías de la Comunidad Valenciana                                                                                                                                                |
| L3R    | Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas                                                                                                                              |
| LA     | Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje                                                                                                                                                                 |
| LABE   | Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España                                                                                                                                                  |
| LAC    | Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas                                                                                                                                                          |
| LAECSP | Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos                                                                                                                 |
| LAEI   | Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización                                                                                                                      |
| LAIE   | Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico                                                                                                                                             |
| LAR    | Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos                                                                                                                                                   |
| LARH   | Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos                                                                                                                                           |
| LAU    | Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos                                                                                                                                                    |
| LCon   | Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal                                                                                                                                                                         |
| LC     | Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas                                                                                                                                                                        |
| LCa    | Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras                                                                                                                                                                    |
| LCA    | Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia                                                                                                                                                         |
| LCAFB  | Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias                                                                                                                                  |
| LCAT   | Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias |
| LCCH   | Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque                                                                                                                                                           |
| LCCR   | Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito                                                                                                                                                        |



## TRATADO DE DERECHO DE LA VIVIENDA

|          |                                                                                                                                                                                                              |
|----------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| LCCSNS   | Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud                                                                                                                              |
| LCD      | Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal                                                                                                                                                           |
| LCGC     | Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación                                                                                                                                      |
| LCI      | Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario                                                                                                                              |
| LCOOP    | Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas                                                                                                                                                                 |
| LCP      | Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales                                                                                                                                                      |
| LCS      | Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro                                                                                                                                                          |
| LCSP     | Ley 8/2017, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 |
| LCVFL    | Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras                                                                                     |
| LDA      | Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación                                                                                                                                    |
| LDC      | Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia                                                                                                                                                     |
| LDCV     | Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco                                                                                                                                                           |
| LDIEC    | Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito                                                                                                                     |
| LDPD     | Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos                                                                                                        |
| LDV      | Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda                                                                                                                                                     |
| LEC      | Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil                                                                                                                                                           |
| LECrim   | Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal                                                                                                            |
| LEF      | Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa                                                                                                                                                      |
| LEOMF    | Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal                                                                                                                                 |
| LETT     | Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal                                                                                                                                   |
| LF       | Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones                                                                                                                                                              |
| LFCE     | Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado                                                                                     |
| LFFE     | Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial                                                                                                                                        |
| LFN      | Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección de las Familias Numerosas                                                                                                                                     |
| LGDCU    | Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias                 |
| LGP      | Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria                                                                                                                                                      |
| LGP-1988 | Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria                                                                           |
| LGPub    | Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad                                                                                                                                                       |
| LGSa     | Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad                                                                                                                                                              |
| LGSS     | Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social                                                                           |
| LGSu     | Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones                                                                                                                                                     |
| LGT      | Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria                                                                                                                                                          |
| LGT-1963 | Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria                                                                                                                                                         |
| LGTEL    | Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones                                                                                                                                                      |
| LH       | Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Hipotecaria                                                                                                              |



## ABREVIATURAS

|           |                                                                                                                                                                                                                      |
|-----------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| LHMPSD    | Ley de 16 de diciembre de 1954, de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento                                                                                                                                   |
| LI        | Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria                                                                                                                                                                            |
| LIIC      | Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva                                                                                                                                              |
| LIS       | Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades                                                                                                                                                       |
| LIRPF     | Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio |
| LIS-1995  | Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades                                                                                                                                                       |
| LISD      | Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones                                                                                                                                          |
| LISMI     | Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos                                                                                                                                                |
| LISOS     | Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social                                                                                                                                         |
| LIT       | Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social                                                                                                                      |
| LITP      | Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados                               |
| LIVA      | Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido                                                                                                                                                 |
| LIVVCA    | Ley 14/2015, de 21 de julio, del impuesto sobre las viviendas vacías, y de modificación de normas tributarias y de la Ley 3/2012                                                                                     |
| LJCA      | Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa                                                                                                                                |
| LJCA-1956 | Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa                                                                                                                             |
| LM        | Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas                                                                                                                                                                            |
| LMAFN     | Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo                                                                                 |
| LMRFP     | Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública                                                                                                                                        |
| LMV       | Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores                                                                                                                                                                  |
| LMVSI     | Ley 6/2003, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión                                                                                                                               |
| LN        | Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado                                                                                                                                                                             |
| LO        | Ley Orgánica                                                                                                                                                                                                         |
| LOEs      | Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado                                                                                                                                                           |
| LOCJ      | Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales                                                                                                                                                   |
| LOCM      | Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista                                                                                                                                                     |
| LODE      | Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación                                                                                                                                            |
| LODEPE    | Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición                                                                                                                                          |
| LODN      | Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional                                                                                                                                                      |
| LODP      | Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo                                                                                                                                                          |
| LOEd      | Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación                                                                                                                                                                      |
| LOE       | Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación                                                                                                                                                      |
| LOEX      | Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social                                                                                                |
| LOFCA     | Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas                                                                                                                               |
| LRJSP     | Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público                                                                                                                                                 |



## TRATADO DE DERECHO DE LA VIVIENDA

|         |                                                                                                                                         |
|---------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| LOFCS   | Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad                                                                  |
| LOI     | Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres                                                     |
| LOMCE   | Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa                                                          |
| LPDPDD  | Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantías de derechos digitales                             |
| LOPJ    | Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial                                                                                  |
| LOPSC   | Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana                                                            |
| LORAFNA | Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra                                    |
| LOREG   | Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General                                                                      |
| LOSP    | Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado                                                                        |
| LOSSEC  | Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito                                             |
| LOSSP   | Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados                                                     |
| LOTC    | Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional                                                                       |
| LOTCU   | Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas                                                                             |
| LOTJ    | Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado                                                                             |
| LOVG    | Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género                                |
| LPAC    | Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las administraciones públicas                                   |
| LPAP    | Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas                                                          |
| LPH     | Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal                                                                                 |
| LPHE    | Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español                                                                           |
| LPI     | Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual            |
| LPL     | Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral             |
| LPN     | Ley 23/1982, de 16 de junio, reguladora del Patrimonio Nacional                                                                         |
| LPND    | Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad                                                           |
| LR      | Ley 10/1998, de 21 de abril, por la que se dictan las Normas Reguladoras de los Residuos                                                |
| LrBRL   | Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local                                                                    |
| LRC     | Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil                                                                                           |
| LRJAP   | Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común          |
| LRJSP   | Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público                                                                    |
| LRJS    | Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social                                                                     |
| LRSAL   | Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local                                         |
| LSRU    | Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana |
| LS07    | Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo                                                                                                     |
| LS90    | Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo                                              |





## ABREVIATURAS

|             |                                                                                                                                                                                                                                                    |
|-------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| LSC         | Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital                                                                                                                        |
| LSGR        | Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca                                                                                                                                                      |
| LSPU        | Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal                                                                                                                               |
| LSRL        | Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada                                                                                                                                                                              |
| LSSC        | Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción                                                                                                                                                    |
| LSSI        | Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico                                                                                                                                               |
| LTH         | Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria                                                                                                              |
| Núm./ Núms. | Número/Números                                                                                                                                                                                                                                     |
| OEPM        | Oficina Española de Patentes y Marcas                                                                                                                                                                                                              |
| OICVM       | Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios |
| OM          | Orden Ministerial                                                                                                                                                                                                                                  |
| Op. cit.    | Obra citada                                                                                                                                                                                                                                        |
| OS          | Operaciones Societarias                                                                                                                                                                                                                            |
| PEDS:       | Pilar Europeo de Derechos Sociales                                                                                                                                                                                                                 |
| PDD         | PDD Práctica de Derecho de Daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros                                                                                                                                                                       |
| PGC         | Plan General de Contabilidad                                                                                                                                                                                                                       |
| PIB         | Producto Interior Bruto                                                                                                                                                                                                                            |
| PIDESC      | Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966                                                                                                                                                      |
| PJ          | Poder Judicial                                                                                                                                                                                                                                     |
| RAAP        | Revista Andaluza de Administración Pública                                                                                                                                                                                                         |
| RArAP       | Revista Aragonesa de Administración Pública                                                                                                                                                                                                        |
| RAC         | Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio                                  |
| RAMINP      | Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas                                                                                                               |
| RAP         | Revista de Administración Pública                                                                                                                                                                                                                  |
| RBEL        | Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales                                                                                                                                     |
| RCAP        | Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas                                                                                                      |
| RCDI        | Revista Crítica de Derecho Inmobiliario                                                                                                                                                                                                            |
| RCGC        | Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación                                                                                                            |
| RCPMHA      | Reglamento de las Comisiones Provinciales de Monumentos Históricos y Artísticos                                                                                                                                                                    |
| RD          | Real Decreto                                                                                                                                                                                                                                       |



## TRATADO DE DERECHO DE LA VIVIENDA

|         |                                                                                                                                                                                                                                                  |
|---------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| RDA     | Revista Aranzadi de Derecho Ambiental                                                                                                                                                                                                            |
| RDBB    | Revista de Derecho Bancario y Bursátil                                                                                                                                                                                                           |
| RDC     | Revista de Derecho Civil                                                                                                                                                                                                                         |
| RDCD    | Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución                                                                                                                                                                                           |
| RDCE    | Revista de Derecho Comunitario Europeo                                                                                                                                                                                                           |
| RDGP    | Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal                                                                                                                                                                                                     |
| RDGRN   | Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado                                                                                                                                                                              |
| RDGSJFP | Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública                                                                                                                                                                            |
| RIRPF   | Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero |
| RDLeg   | Real Decreto Legislativo                                                                                                                                                                                                                         |
| RDLeY   | Real Decreto-Ley                                                                                                                                                                                                                                 |
| RDM     | Revista de Derecho Mercantil                                                                                                                                                                                                                     |
| RDNT    | Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías                                                                                                                                                                                                 |
| RDMV    | Revista de Derecho de Mercado de Valores                                                                                                                                                                                                         |
| RDP     | Revista de Derecho Privado                                                                                                                                                                                                                       |
| REALA   | Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica.                                                                                                                                                                                     |
| REC     | Revista de Estudios Cooperativos                                                                                                                                                                                                                 |
| RECR    | Revista Española de Capital Riesgo                                                                                                                                                                                                               |
| REDA    | Revista Española de Derecho Administrativo                                                                                                                                                                                                       |
| REDE    | Revista Española de Derecho Europeo                                                                                                                                                                                                              |
| RdPat   | Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial                                                                                                                                                                                                          |
| RDS     | Revista de Derecho de Sociedades                                                                                                                                                                                                                 |
| RGLJ    | Revista General de Legislación y Jurisprudencia                                                                                                                                                                                                  |
| RDIU    | Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística                                                                                                                                            |
| RDU     | Revista de Derecho urbanístico                                                                                                                                                                                                                   |
| REDC    | Revista Española de Derecho Constitucional                                                                                                                                                                                                       |
| REE     | Revista de Estudios Europeos                                                                                                                                                                                                                     |
| REF     | Decreto de 26 de abril de 1957, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa                                                                                                                                            |
| REFRS   | Decreto 635/1964, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares                                                                                                                      |
| REIT    | Real Estate Investment Trust                                                                                                                                                                                                                     |
| REPEPOS | Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora                                                                                                      |
| RGR     | Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación                                                                                                                                                |
| RGU     | Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística                                                                                                                                              |
| RIRPF   | Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero |
| RJC     | Revista Jurídica de Catalunya                                                                                                                                                                                                                    |
| RJNot   | Revista Jurídica del Notariado                                                                                                                                                                                                                   |



## ABREVIATURAS

|         |                                                                                                                                                                                                         |
|---------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| RJUAM   | Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid                                                                                                                                                         |
| RH      | Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario                                                                                                                        |
| RIVA    | Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido                                                                                     |
| RM      | Registro Mercantil                                                                                                                                                                                      |
| RO      | Real Orden                                                                                                                                                                                              |
| ROF     | Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales                                             |
| ROFRJCL | Decreto de 17 de mayo de 1952, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales                                                      |
| ROTT    | Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres                                                                  |
| RPDEL   | Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales                                                             |
| RPEA    | Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo                                                                                     |
| RPI     | Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre Procedimientos de Insolvencia                                                                               |
| RPU     | Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento Urbanístico                                                                                                 |
| RRC     | Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Civil                                                                                                              |
| RRI     | Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (Reglamento Roma I)                         |
| RRM     | Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil                                                                                                      |
| RRVA    | Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de Revisión en Vía Administrativa |
| RS      | Reglamento del Senado, texto refundido de 3 de mayo de 1994                                                                                                                                             |
| RSAAE   | Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado                           |
| RSCL    | Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales                                                                                           |
| RUE     | Revista de Urbanismo y Edificación                                                                                                                                                                      |
| RVAP    | Revista Vasca de Administración Pública                                                                                                                                                                 |
| SAN     | Sentencia de la Audiencia Nacional                                                                                                                                                                      |
| SAP     | Sentencia de la Audiencia Provincial                                                                                                                                                                    |
| SCIJ    | Sentencia de la Corte Internacional de Justicia                                                                                                                                                         |
| SCLV    | Servicio de Compensación y Liquidación de Valores                                                                                                                                                       |
| SCom    | Sociedad Comanditaria                                                                                                                                                                                   |
| SE      | Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea)                                                                                                                                                            |
| SII     | Sociedades de Inversión Inmobiliaria                                                                                                                                                                    |



## TRATADO DE DERECHO DE LA VIVIENDA

|                   |                                                                                                                                                                                              |
|-------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| SOCIMIS           | Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario                                                                                                                        |
| SRL               | Sociedad de Responsabilidad Limitada                                                                                                                                                         |
| STC               | Sentencia del Tribunal Constitucional                                                                                                                                                        |
| STJCE             | Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hasta 2009)                                                                                                                  |
| STJUE             | Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (posterior a 2009)                                                                                                            |
| STS               | Sentencia del Tribunal Supremo                                                                                                                                                               |
| STSJ              | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia                                                                                                                                                  |
| TC                | Tribunal Constitucional                                                                                                                                                                      |
| TCECA             | Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, de 18 de abril de 1951                                                                                                  |
| TCEE              | Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, de 25 de marzo de 1957                                                                                                               |
| TCEEA,<br>EURATOM | Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 25 de marzo de 1957                                                                                                   |
| TCEur             | Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004                                                                                       |
| TEAC              | Tribunal Económico Administrativo Central                                                                                                                                                    |
| TEDH              | Tribunal Europeo de Derechos Humanos                                                                                                                                                         |
| TFUE              | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea                                                                                                                                                |
| TJCE              | Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas                                                                                                                                             |
| TJUE              | Tribunal de Justicia de la Unión Europea                                                                                                                                                     |
| TL                | Tratado de Lisboa                                                                                                                                                                            |
| TPO               | Transmisiones Patrimoniales Onerosas                                                                                                                                                         |
| TRLA              | Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas                                                                                 |
| TRLCI             | Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario                                                                 |
| TRLGDPD           | Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social        |
| TRLGDCU           | Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias |
| TRLHL             | Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales                                                       |
| TRLIS             | Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades                                                             |
| TRLSA             | Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas                                                            |
| TRLSC             | Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital                                                                  |
| TRLS08            | RDLeg 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo)                                                                                                   |
| TRLS76            | Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana                                                        |



## ABREVIATURAS

|        |                                                                                                                                                     |
|--------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| TRLS92 | Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. |
| TRRL   | Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales vigentes de Régimen Local  |
| TRLSRU | Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana              |
| TS     | Tribunal Supremo                                                                                                                                    |
| TSJB   | Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares                                                                                                 |
| TSJCat | Tribunal Superior de Justicia de Cataluña                                                                                                           |
| TSJG   | Tribunal Superior de Justicia de Galicia                                                                                                            |
| TSJN   | Tribunal Superior de Justicia de Navarra                                                                                                            |
| TUE    | Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, reformado en Amsterdam el 2 de octubre de 1997                                                |
| VPO    | Viviendas de protección oficial                                                                                                                     |
| VUT    | Viviendas de uso turístico                                                                                                                          |



## PRESENTACIÓN

Uno de los problemas más graves al que nos enfrentamos como país es el de la escasez de vivienda asequible. De hecho, según el Eurobarómetro realizado en la Comisión Europea <sup>(1)</sup>, para el 35 % de los españoles es su máxima preocupación con un aumento de 18 puntos con respecto al Eurobarómetro realizado a primeros de 2024 que situaba el problema de la vivienda en quinto lugar. Ello contrasta con el conjunto de la Unión Europea (UE) en donde solo el 13 % de los europeos menciona la vivienda como problema principal.

Y estos datos no son de extrañar. Casi el 40 % de los hogares se encuentran en situación de pobreza tras pagar un alquiler totalmente desproporcionado en cuanto a su coste, dada la escasez de oferta existente que ha aumentado los precios de forma alarmante. El pago del alquiler consume más del 35 % de los ingresos del inquilino, razón por la que muchas familias no pueden atender otras necesidades básicas después de asumir tal coste.

El problema de la vivienda es especialmente grave entre los jóvenes, dando lugar a un creciente retraso en la edad de emancipación, que convierte problemas personales en un grave problema social. Y ocurre fundamentalmente porque sus reducidos ingresos son insuficientes para asumir, con un esfuerzo sobre renta familiar disponible asumible, los crecientes costes de adquisición o arrendamiento de la vivienda. No cabe duda de que este retraso en la emancipación y formación de hogares debido a la escasez de vivienda asequible tendrá impacto en la natalidad, tal y como ya se está evidenciando en España, y en la estructura de la pirámide poblacional.

---

(1) Eurobarómetro estándar 102. Opinión pública de la Unión Europea. Informe Nacional de España. Octubre-noviembre 2024 [https://spain.representation.ec.europa.eu/noticias-eventos/noticias-0/eurobarometro-el-sentimiento-de-pertenencia-la-ue-crece-siete-puntos-entre-los-espanoles-2024-12-11\\_es](https://spain.representation.ec.europa.eu/noticias-eventos/noticias-0/eurobarometro-el-sentimiento-de-pertenencia-la-ue-crece-siete-puntos-entre-los-espanoles-2024-12-11_es).

A esta situación, especialmente preocupante hoy día, pero que desgraciadamente no es nueva en España, no se ha llegado de forma casual. Es el resultado de dos graves problemas. En primer lugar, es producto de un problema regulatorio que está desincentivando la oferta de vivienda asequible porque, ciñéndonos a lo esencial, genera cargas administrativas y fiscales muy elevadas sobre la producción de vivienda, por un lado, e inseguridad jurídica para los propietarios que pudieran estar dispuestos a alquilar viviendas, por otro. Pero, en segundo lugar, al problema regulatorio se unen unas políticas de vivienda discontinuas y deficientes, producto de una cierta inercia irreflexiva y, en los últimos años, de una más que evidente improvisación, probablemente fruto de respuestas políticas apresuradas a las consecuencias de la crisis económica sobre el acceso y la tenencia de vivienda.

No es de extrañar que el problema sea grave porque, en gran medida, el mercado de la vivienda es extremadamente sensible a opciones e incentivos regulatorios y, particularmente, fiscales. En España se incentivó fiscalmente la compra mediante la deducción fiscal del préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda habitual. España, como otros Estados del ámbito europeo, devino como consecuencia de las políticas tradicional de vivienda de protección oficial y los estímulos fiscales a la adquisición de vivienda en país de propietarios. Pero las cosas están cambiando. En 2007 la tasa de propietarios era del 82,7 % y en 2022 bajó algo más de un 10 % situándose en el 72,1 % <sup>(2)</sup>. Que los españoles fueran propietarios de la vivienda no es desde luego censurable. Cosa distinta es que el sistema invitase a la adquisición de la propiedad, estimulada con deducciones fiscales, ayudas directas y subsidiación pública de los intereses hipotecarios, a ciudadanos sin capacidad de reembolso de los préstamos hipotecarios. Un préstamo irresponsable, regulatoriamente tolerado en su momento, por parte de entidades financieras, particularmente, las cajas de ahorros, alimentó una burbuja inmobiliaria que estalló a nivel mundial en 2008 con las consecuencias que hoy todos conocemos.

Hacer creer a todos los ciudadanos que podrían acceder a la propiedad de una vivienda independientemente de su situación financiera, generar una cierta convicción social de que el acceso a la vivienda debía serlo en propiedad, no fueron buenas ideas. Fueron rentables, eso sí, para el Estado que diseñó un sistema fiscal sobre la vivienda que ha nutrido durante décadas las haciendas estatal, autonómicas y locales mediante los impuestos sobre el valor añadido, el gravamen de los incrementos de patrimonio, transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, construcciones instalaciones y obras, bienes inmuebles o, incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana. Sin embargo, esos ingresos fiscales, como el gasto fiscal derivado de las deducciones aplicables a la adquisición de vivienda, no sirvieron para incentivar fiscalmente el alquiler ni para hacer vivienda social.

---

(2) Banco de España, Encuesta financiera de las familias (EFF) 2022: Métodos, resultados y cambios desde 2020. Documentos ocasionales n.º 2413. <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeriadas/DocumentosOcasionales/24/Fich/do2413.pdf>.

La nueva regulación europea, posterior a la crisis derivada de la explosión de la burbuja inmobiliaria, en materia de préstamo responsable y de requerimientos de capital a las entidades financieras, está impidiendo las prácticas del pasado y, consecuentemente, es hoy mucho más difícil que un ciudadano pueda obtener financiación hipotecaria para adquirir la propiedad de una vivienda cuando carece de la solvencia suficiente para asumir el reembolso del préstamo. Por ello es indispensable volver la vista hacia otras fórmulas de tenencia, más habituales e incluso mayoritarias en otros Estados de nuestro entorno, que pueden responder mejor a la necesidad de alojamiento de muchas familias sin que tengan que asumir riesgos a los cuales, objetivamente, es muy posible que no puedan hacer frente.

La alternativa fundamental, no la única, es la del mercado del alquiler. No es extraño, por ello, que sea en torno al arrendamiento de vivienda donde actualmente se focalizan los problemas, especialmente la aparición de una nueva burbuja en este mercado surgida de la combinación de escasez de oferta y rentas altas. Conviene no olvidar que las políticas de vivienda no estimularon la promoción de vivienda de alquiler, social o no, a largo plazo. La tipología de vivienda social, de promoción pública o de alquiler de régimen especial, fue siempre marginalmente financiada en los planes de vivienda. No solo todo el protagonismo era para la vivienda protegida en venta, es que la vivienda protegida en alquiler se financiaba, en un elevado porcentaje respecto de su coste de construcción, imponiendo tal régimen durante cortos periodos de tiempo, de diez años en la mayoría de ocasiones, de veinticinco años en el mejor de los casos.

La ausencia, más que fracaso, de las políticas públicas de alquiler pretende paliarse hoy con una regulación agresiva del mercado privado de alquiler. La intervención a la que se está sometiendo el régimen arrendaticio provoca externalidades que por el momento no están dando el fruto deseado. Los primeros datos que se han proporcionado en las zonas pioneras de mercado residencial tensionado, en Cataluña, ponen de manifiesto una importante caída de la oferta apenas compensada por la contención, que no bajada, muy leve acaso, de las rentas arrendaticias. Este modelo regulatorio, además, y sus efectos, se agravan por la inseguridad jurídica reinante en relación con los desalojos derivados de impagos de renta por parte de arrendatarios o de ocupación ilegal. Cuando más necesaria es la oferta de vivienda de alquiler asequible se están aplicando políticas regulatorias que la retraen en el mercado privado, por un lado, y asistimos a permanentes anuncios de políticas públicas de promoción de vivienda de alquiler asequible que no acaban de arrancar.

No hay soluciones fáciles. No vendrán estas de la mano de acciones o visiones sectoriales que no tengan en cuenta otras perspectivas. Los problemas que hemos tratado de enunciar son complejos y, lógicamente, también lo son las soluciones para resolverlos. Lo que acabamos de exponer pone de manifiesto que son muchas las áreas del ordenamiento las afectadas y que se requieren cambios normativos reflexivos, estables y eficientes que tengan en cuenta la perspectiva





global del problema. No hay soluciones simples para problemas complejos, como decíamos. Por ello nos ha parecido que un primer paso, imprescindible para pensar en posibles soluciones al problema de la vivienda, es abordar el análisis del régimen jurídico vigente desde un enfoque práctico y propositivo, teniendo en cuenta la complejidad de la realidad que afrontamos y su transversalidad para hacer una «foto» global del mismo. Y es que es preciso realizar un buen diagnóstico del problema desde este enfoque general para poder realizar propuestas eficientes y realistas de solución.

Este es uno de los objetivos de esta obra, elaborar un Tratado de derecho de la vivienda donde se abordan todos los aspectos que afectan a esta compleja materia desde la perspectiva del Derecho público y privado. Nuestro objetivo es que el legislador, el profesional, el académico que se enfrente a un problema relacionado con la vivienda pueda encontrar orientación y respuesta en este Tratado. Obviamente la amplitud de la materia no permite un tratamiento exhaustivo y pormenorizado de todos y cada uno de los aspectos aquí tratados, pero sí podrá encontrar el lector una base conceptual, con expresión de los déficits normativos, acompañada de propuestas de reforma.

Esta obra se ha llevado a cabo en el marco del Proyecto de Investigación I+D PID 2021-124953NB: «La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del que la Profesora y codirectora de la obra Matilde Cuenca es investigadora principal. Muchos de los autores son miembros del equipo de investigación y de trabajo de dicho proyecto, pero no todos. Nuestro agradecimiento a todos ellos, consumados especialistas en la materia que han abordado con rigor y generosidad. Queremos destacar la calidad de las aportaciones y el correcto cumplimiento de los plazos de entrega, tarea nada sencilla cuando se trata de obras con un número importante de autores, como es el caso. No hubiera sido fácil, sin la ayuda y compromiso de los ochenta y cinco autores de la obra, lograr el éxito en una empresa como esta.

La obra se estructura en seis partes o secciones y cada una de ellas en bloques temáticos que se subdividen en capítulos.

La primera se dedica al análisis del derecho a la vivienda desde la perspectiva constitucional y de los tratados internacionales suscritos por España. Este enfoque es trascendental pues la intervención que se está haciendo en el mercado del alquiler, así como la configuración estatutaria del derecho de propiedad sobre la vivienda, sometido a intensa regulación e intervención administrativa, ambas impulsadas por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, se han querido justificar en la función social de la propiedad y en la imperativa aplicación de los tratados internacionales. Es muy importante clarificar conceptos y por eso se ha estimado pertinente el analizar qué se entiende por vivienda habitual o vivienda social, delimitándolo de conceptos como domicilio y residencia. También se aborda desde esta perspectiva el complejo concepto de

función social, que se completa más adelante, en otra parte de la obra, al tratar de la propiedad privada. Se abordan las dos visiones del fenómeno siempre recogiendo la opinión del autor que elabora el capítulo.

El problema de la vivienda no es exclusivo de España y analizar los distintos modelos existentes en el Derecho comparado es especialmente útil. A estas cuestiones se dedica la sección segunda de la obra.

Es claro que la realidad ha evidenciado el impacto que en la economía tiene el problema de la vivienda. Por ello se ha considerado pertinente tratar el análisis económico del mercado de la vivienda en la sección tercera del Tratado.

En la sección cuarta se analiza la vivienda como objeto de derechos desde todas las vertientes. En el primer bloque temático de esta sección se estudian las garantías en el acceso a la vivienda desde el punto de vista contractual: deberes de transparencia e información contractual, garantías de pagos a cuenta, transparencia urbanística y responsabilidad civil por falta de conformidad. Pero no basta analizar esa esfera contractual, dado que, cuando de adquirir un derecho real sobre una vivienda habitual se trata, existen especialidades en función de que el régimen de promoción sea público o privado. Ambas modalidades de promoción inmobiliaria se abordan en esta sección.

Como no puede ser de otra manera, se presta atención en esta sección a la regulación del arrendamiento de vivienda, así como a las nuevas formas de tenencia que han emergido en algunos territorios forales. No falta tampoco el estudio del acceso a vivienda habitual con las especialidades de régimen jurídico que plantea la regulación del crédito inmobiliario, particularmente a través del préstamo hipotecario que tantos problemas ha dado a raíz de la crisis financiera de 2008. Se analizan pormenorizadamente las novedades introducidas por la legislación posterior a esta crisis, así como nuevas formas de acceso a través de las plataformas de *crowdfunding*.

También se abordan las implicaciones entre vivienda y Registro de la propiedad desde perspectivas diversas como las atinentes al tratamiento registral de la vivienda protegida, el de la vivienda en régimen de propiedad horizontal o cooperativo o, desde la perspectiva del régimen de ejecuciones forzosas, la constancia registral del carácter familiar de la vivienda. Se completa esa sección con el análisis del régimen jurídico de la adquisición mortis causa de la vivienda habitual.

La sección quinta aborda la vivienda como problema en las situaciones de crisis económica y familiar. Se inicia con un bloque temático dedicado a las patologías jurídicas de la vivienda, los usos anómalos y la específica y creciente problemática que plantea la vivienda turística. Desde esta perspectiva resultan en extremo interesantes, por el impacto que tiene sobre la tenencia de la vivienda, las cuestiones procesales suscitadas en la reacción ante situaciones patológicas, desahucios, remedios frente a la ocupación ilegal de inmuebles, tanto civiles como penales, así como extrajudiciales como son los desalojos provocados por «empresas desokupas».

También se estudian en esta sección quinta todos los problemas que plantea la ejecución forzosa de la vivienda habitual, dada la escasa protección que en España tiene la vivienda desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial universal. Se abordan, en este contexto, la ejecución singular de la vivienda y las especialidades que plantea en sede concursal.

Si hay algo que tiene impacto en la solución de una crisis conyugal es lo que acontece con la vivienda familiar, tema al que se dedica último bloque temático de esta sección. Se estudian la vivienda familiar en situación crisis y de normalidad matrimonial desde una perspectiva general en conexión con las normas de régimen económico matrimonial: la adquisición de la vivienda, su enajenación, la atribución del uso en caso de crisis matrimonial y de pareja y los efectos fiscales de las medidas adoptadas.

La última sección del Tratado, la sexta, se dedica a la vivienda como objeto de políticas públicas. El primer gran bloque temático se dirige a analizar un problema clave: la vivienda social y la configuración de las políticas públicas en torno a esta como servicio social de interés general. No menos importante es el estudio de la acción de fomento y acceso a la vivienda a través de los tradicionales, hoy renovados, planes de protección pública y acceso a la vivienda. Especial atención se presta a la política de vivienda y el urbanismo abordando temas relevantes para la construcción de políticas públicas, fundamentalmente regulado en la legislación estatal de suelo y de vivienda, como el tratamiento de la vivienda en el planeamiento urbanístico, las reservas suelo para vivienda protegida, los derechos de realojamiento y retorno, el deber de conservación o la rehabilitación de vivienda.

En clara conexión con estas últimas cuestiones, en esta sección del Tratado se analiza también la problemática de la intervención en el mercado del suelo de la vivienda, verdaderas asignaturas pendientes de las políticas urbanas y de vivienda en España, así como el régimen de los patrimonios públicos de suelo y el problemático sistema de control de rentas establecido en la legislación estatal de vivienda.

La defensa de la promoción pública de la vivienda no puede ignorar toda la problemática que plantea su promoción y gestión. No basta construir, luego hay que gestionar la vivienda construida. Por ello, en este bloque temático se analizan las distintas modalidades de gestión del parque de vivienda social, especialmente el público, mayoritario actualmente, aunque escaso. No puede faltar, desde la perspectiva de las políticas públicas de vivienda, el estudio del régimen de la inspección y del régimen sancionador.

El último bloque temático de esta sección se centra en los importantísimos problemas que plantea la fiscalidad de la vivienda. Los incentivos fiscales, como decíamos anteriormente, modulan el comportamiento de los ciudadanos y son una potente herramienta en la política de vivienda. De ahí la necesidad de su análisis pormenorizado.



## PRESENTACIÓN

Si el lector ha llegado hasta aquí habrá podido comprobar que se enfrenta a una obra muy amplia, que aborda un tema complejo con rigor y con propuestas de reforma. Desde la Universidad pública, de la mano de un proyecto de investigación financiado con fondos públicos, hemos querido reflexionar y, en la medida de nuestras capacidades, proponer soluciones a un problema trascendental para muchas personas, para muchas familias, pero también para el desarrollo equilibrado y la estabilidad de nuestra sociedad y, además, con muy relevantes implicaciones económicas. «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada» comienza diciendo el artículo 47 de la Constitución. El Estado debe sentar las bases para garantizar ese derecho, con una regulación y unas políticas públicas adecuadas para lograr. Esa función de garantía no es prescindible. A partir de ahí existen muchas vías y fórmulas.

Gracias, de nuevo, a los autores por su compromiso en esta obra. Gracias, también, a la editorial del Boletín Oficial de Estado por acogerla, incluirla en su excelente catálogo y publicarla, permitiendo además el acceso abierto a todo el que quiera consultarla. Esperemos que tanto esfuerzo sea útil al legislador, al profesional y al académico.

**Matilde Cuenca Casas**

*Catedrática de Derecho civil  
Universidad Complutense*

**Julio Tejedor Bielsa**

*Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Zaragoza*

## PRÓLOGO

**Prof. Dr. Sergio Nasarre Aznar**

*Catedrático de Derecho civil*

*Universidad Rovira i Virgili*

*«in ea autem maiestate urbis et civium infinita frequentia innumerabiles habitationes opus est explicare. ergo cum recipere non possint areae planatae tantam multitudinem ad habitandum in urbe, ad auxilium altitudinis aedificiorum res ipsa coegit devenire».*

Vitruvio, De Architectura, Lib. II, 8, 19; 15 a. C.

*«It is the supreme triumph of industrial civilisation that, in the huge cities which seem to have far too many houses, there is a hopeless shortage of housing».*

G. K. Chesterton, The spirit of Christmas, The Thing, 1929

Los profesores Cuenca y Tejedor me honran al invitarme a prologar esta obra, pues creo que no soy digno de ello, ya que encontrarán aquí a estudiosos y prácticos de la materia que saben mucho. En cualquier caso, como ya me resistí lo suficiente, se lo agradezco y dado que ellos, en tanto que directores, ya presentan su contenido, yo compartiré con ustedes lo que me parece el asunto que nos ocupa.

Como ven en las citas que anteceden, el problema de la vivienda en las ciudades ha existido siempre, sigue existiendo y, siento decirlo así, existirá. Lo que pasa es que, a través de la normativa y de las políticas públicas, se puede hacer mejor o peor. Y en España lo estamos haciendo peor, especialmente desde que comenzó la crisis financiera global de 2007 (GFC2007). Efectivamente, los españoles estamos más sobreendeudados hoy a causa de la vivienda que en los peores años de la presente crisis. Pregúntenle a los *milenials*, ya en sus treinta y algo, si tienen ya su piso y su familia.

No puede ser, se dirán. ¿De qué han servido, pues, los cientos de normas y políticas multinivel, las promesas de nuestros próceres, ingente dinero público y personal invertido durante estos 17 años? Pues de poco e, incluso, a veces, para



peor, especialmente hasta 2012 pues se ignoró la crisis y, de nuevo, a partir de 2015, con normativa autonómica que empezó a permitir sancionar pisos vacíos amenazando con su expropiación, a aprobar normas inconstitucionales de control de renta, a amparar la okupación o a permitir la construcción de pisos de 24 m<sup>2</sup> (*cohousing* les llaman).

Es que para eso está la función social de la propiedad, me dirán; no hay límite (o, al menos, un límite que se entienda) para «lo social», que se va estirando hasta llegar, de momento, a la Ley 12/2023 por la cual, si no destinas tu piso solo a vivir o es demasiado grande para ti, te lo pueden okupar durante al menos un par de años (lo que desde dicha norma se está tardando en desalojarlos), rellenar con inquilinos perfilados o quitar; tiempo al tiempo. Al fin y al cabo, con tu escasa solidaridad estás contribuyendo a las desigualdades, a lo Picketty, que son intolerables, al tiempo que eres reticente en reconocer que la propiedad privada es el origen de todos los males de la humanidad (Rousseau, 1755), que es un robo (Proudhon, 1840), que debe abolirse para llegar al paraíso comunitarista (Marx y Engels, 1848) y que la herencia es una injusticia por extirpar. No quiero pensar (ni sugerir) que la ingente normativa intrusiva de vivienda, tan incumplidora de las buenas intenciones que predicán sus Exposiciones de Motivos, en lugar de conseguir que esta sea más asequible (porque cada vez lo es menos) sea realmente un caballo de Troya para animar a reformar algunas «cosillas» de la Constitución «porque, total, nada funciona».

Pero vaya, no me hagan caso. Van a continuación algunos datos que espero ayuden a contextualizar lo que les digo y para que comprendan la necesidad de este libro.

Por primera vez en los últimos años, la vivienda se sitúa en 2024 entre los tres problemas más importantes para los españoles (CIS, 2024). A pesar de la nueva (y primera en democracia) Ley de Vivienda 2023, los problemas de vivienda aumentan constantemente en casi todas las materias: inasequibilidad, urbanización, envejecimiento del parque, falta de vivienda social, viviendas vacías/ocupadas, infravivienda, turistificación, falta de datos y gobernanza de las políticas de vivienda. Aunque las cuestiones energéticas y medioambientales no están entre las más acuciantes (de ahí el escaso éxito de los Fondos *Next Generation* desde 2022), España debe cumplir con sus compromisos europeos sobre la materia, que, por cierto, espero olviden lo que pretendían en 2023 de prohibir la venta y el alquiler de los pisos peor valorados energéticamente, pues ello afectaría especialmente a las familias con menos recursos, perpetuando guetos, lo que evidenciaría, de nuevo, que las políticas medioambientales favorecen a los más pudientes. Vamos por partes.

a) Inasequibilidad. A pesar de que España se encuentra entre los países de la UE en la media de asequibilidad de la vivienda en las ciudades (Eurostat, 2022), en parte gracias a las altas tasas de propiedad de vivienda generalizada durante décadas (Nasarre-Aznar, 2023), los alquileres medios están aumentando entre

un 7 % y un 8 % anual desde 2015 (Banco de España, 2023), al tiempo que el control de rentas, de momento solo en vigor en Cataluña, está empeorando aún más la situación. Comprar una vivienda también es cada vez más caro, a pesar de que la regulación de la UE (como la Directiva 2014/17/UE transpuesta en España por Ley 5/2019) ha expulsado a los hogares con menos recursos de la financiación hipotecaria y muy pocos hogares jóvenes y de clase media pueden permitirse comprar. Esto, unido a que más del 50 % de las compraventas se realizan sin financiación hipotecaria y a que los fondos de inversión han duplicado el parque de viviendas que gestionan (rondando hoy un 6 % del total), lleva a la conclusión de que la vivienda se está concentrando en pocas manos por primera vez en la historia reciente de nuestro país. Otros tipos de tenencia de vivienda alternativos a la compra y al alquiler permanecen fundamentalmente inexplorados. Estos factores, unidos a otros macroeconómicos como que España sufre crónicamente la tasa de paro más alta de Europa (11,7 % en 2024, según Eurostat), la constante pérdida de poder adquisitivo de los hogares españoles (OCDE, 2024) y una de las inflaciones más altas de la UE (la 6.ª peor en 2024 según Eurostat), sitúan la inasequibilidad de la vivienda como el mayor reto de la vivienda española en la actualidad. Pero, como ven, no hemos llegado a esto por casualidad.

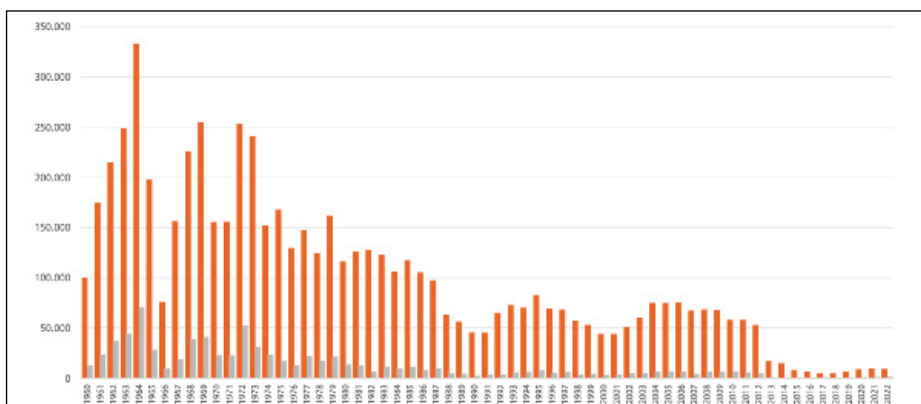
*b)* Urbanización/falta de cohesión territorial. La población en España se ha concentrado desde los años 60 en grandes núcleos urbanos como Madrid, Barcelona, Valencia o Bilbao. Sin embargo, esta tendencia ha aumentado desde el GFC2007 hasta el punto de que más de 42 millones de personas viven en Madrid y en la costa española. El resto, 4,6 millones, vive en el 70 % restante del interior de la Península. Esto conduce a una «España vacía» y a una «España superpoblada» con viviendas cada vez más precarias e inasequibles. Los planes urbanísticos son engorrosos procesos burocráticos que lastran el desarrollo de las ciudades y la regeneración de los barrios, a pesar de que son necesarias al menos un millón de nuevas unidades donde la gente necesita vivir (Gobierno de España, 2024).

*c)* Envejecimiento del parque de viviendas, accesibilidad y eficiencia energética. Aproximadamente el 55 % (13.7 millones de viviendas) del parque residencial total (unos 25 millones viviendas) es anterior a 1980, y casi el 21 % de las viviendas tienen hoy más de 60 años (INE 2013). Solo el 0,6 % de los pisos españoles son universalmente accesibles (Cátedra UNESCO de Vivienda, 2018). En cuanto a la eficiencia energética, además de las necesidades de rehabilitación en términos técnicos, normativos y de subvenciones, hay que superar los obstáculos económicos (pobreza e insuficiencia de recursos) y de consentimiento (implicación de los profesionales de la vivienda y de las comunidades de propietarios; España es el país de Europa en el que más gente vive en pisos) respecto a las personas llamadas a la rehabilitación. Piénsese que prácticamente el 58 % de los edificios se construyeron con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 2429/1979 (la norma básica de la edificación NBE-CT-79, sobre condiciones térmicas en los edificios), que fue el primero en exigir unos criterios mínimos de eficiencia energética.



d) Falta de vivienda social. La generación de vivienda protegida es cíclica: es posible en buen número mientras la economía funciona, lo que no es una realidad en España desde 2008. Prometerla ahora, como se hace, es poco realista y suena, como tantas otras que hemos mencionado, a «solución mágica». Así, el número de nuevas viviendas de protección oficial (un tipo de vivienda social más fácil de contabilizar) ha disminuido drásticamente desde entonces, y especialmente desde el periodo 1960-2011 durante el cual se construyeron 6,8 millones de viviendas de protección oficial en régimen de propiedad privada. La Figura 1 lo evidencia:

**Figura 1. Número de viviendas de protección oficial en España (naranja) y en Cataluña (gris)**



**Fuente:** García Montalvo et. al. 2023.

e) Viviendas vacías/okupación. Es difícil evaluar el número de viviendas vacías. Sin embargo, según el Censo de Viviendas del INE basado en datos de consumo eléctrico para todo el año 2020, 3.8 millones de viviendas en España están clasificadas como vacías, un 14,4 % del parque. Pero, en realidad, y más allá de los réditos políticos (y económicos) que muchos han sacado desde 2011 con este número, la mayoría de estas viviendas se encuentran en la «España vacía», no están en buen estado para ser habitadas, están alquiladas en «negro» o simplemente okupadas. Es decir, la inmensa mayoría no sirven realmente para aumentar la oferta de vivienda y volverla más asequible donde es necesaria. Se han aprobado más de 10 leyes por CCAA que incluyen sanciones, aumento de impuestos y las expropiaciones han tenido resultados muy limitados. ¿Han conocido Uds. algún alcalde que haya llevado a la práctica estas medidas y que diga que gracias a ellas la vivienda en su municipio es más asequible? Tarrasa, por ejemplo, empezó a multar con cientos de expedientes en 2013, hasta que en 2017 y en 2020, el TSJ Cataluña le dijo que lo que hacía era ilegal; volviéndolo



a intentar con 100 expediente más con base al D 17/2019, que fue declarado en gran parte inconstitucional; y parece que, finalmente, ya han desistido de hacerlo con base a la Ley catalana 1/2022. Sobre okupación y la falta de interés en atajarla (sino todo lo contrario), ya les he hablado.

*f)* Infravivienda. Aunque tradicionalmente la actuación española sobre el sinhogarismo (incluyendo el oculto según FEANTSA, que incorpora la infravivienda) ha sido la segunda mejor de Europa (FEANTSA, 2017), va en aumento en las grandes ciudades (ver Caballé Fabra *et al.* 2020). Las razones son muchas, pero políticas como el DL catalán 50/2020 (aprobada en plena pandemia de COVID-19 ¡y aún vigente!) que permite la construcción de pisos de 24 m<sup>2</sup> no ayudan a superar el hacinamiento ni a la formación de nuevos hogares (España es el segundo país con menor tasa de fertilidad de Europa, tras Malta).

*g)* Turistificación. España es el destino turístico preferido por los ciudadanos de la UE (Eurostat, 2022). Y, no por casualidad, las ciudades más pobladas del litoral español son las preferidas por los turistas y por los extranjeros para tener allí una segunda residencia. Más allá de las discusiones doctrinales sobre el impacto del alquiler turístico en el precio de los alquileres (que no es tanto), lo cierto es que los extranjeros acapararon en 2023 el 14,85 % (en Baleares, el 31,50 %) del total de 583.042 compraventas, un récord desde 2009, cuando solo supusieron el 4,24 % (Colegio de Registradores, 2024). Es más fácil para ellos comprar que para los hogares españoles, como se ha dicho: si se dificulta comprar a las familias con menos recursos y jóvenes la propiedad privada no desaparece, como algunos piensan, sino que se concentran en manos de los que pueden comprar sin financiar. Como tantas otras cosas, sí se podía saber.

*h)* Falta de datos fiables y políticas de vivienda incoherentes. Se desconocen las cifras reales de viviendas vacías, okupación, estado de conservación, desahucios, profesionales de la vivienda, vivienda social, etc. Y no solo el cuántas, sino también el dónde, quién lo gestiona, cómo y cuándo se toman las decisiones, etc. Esto, unido a que, según la Constitución, la vivienda es competencia de las CCAA, realmente carecemos de una política de vivienda coherente y constante (algo imprescindible para cosechar algún éxito en este ámbito). La Ley de vivienda 2023, incluyendo la mayoría de sus definiciones, no ha hecho más que complicar la situación. Una pena.

Acabo reseñando lo que me parece que falta:

– Descartar las políticas de vivienda adoptadas desde la GFC2007 que han contribuido a empeorar el acceso a la vivienda en España, especialmente las políticas de vivienda intrusivas (sanciones, expropiaciones, recargos tributarios, control de alquileres). Centrarse en aumentar la oferta de vivienda en el mercado, especialmente para alquiler, y en el desarrollo de tenencias alternativas de vivienda (tenencias intermedias, cooperativas).



– Desarrollar mecanismos para aumentar la vivienda social y la asequible *per se*. Esto podría incluir el replanteamiento de la forma de elaboración de planes urbanísticos, así como de la dinámica tradicional de planes de vivienda y rehabilitación que se suceden rápidamente cada cuatro años.

– Políticas para evitar la concentración de la vivienda en fondos de inversión y similares y la vuelta al sistema tradicional de vivienda en propiedad distribuida entre los hogares. No hay nada más importante para las familias, especialmente para las más vulnerables, que conseguir una casa propia y no depender ni de un casero ni de su alcalde para siempre (como parece que algunas quieren). Fíjense que quien habitualmente predica a favor del alquiler vive en su (gran) casa en propiedad.

– Planes sólidos de regeneración urbana para rentabilizar la «ciudad construida», avanzar en la vida en vertical en lugar de la dispersión urbana, impulsar la accesibilidad universal a la vivienda para las personas con discapacidad y personas mayores en un contexto de rápido envejecimiento de la población.

– Políticas de rehabilitación estables, bien presupuestadas para cubrir a los colectivos que no pueden permitírselas, centradas en la accesibilidad y la eficiencia energética. Buscar la colaboración con las comunidades de propietarios.

– Una política de cohesión territorial bien trabajada para evitar las migraciones internas hacia las grandes ciudades y la costa. Especial atención a las ciudades y las zonas turisticadas.

– Mecanismos de políticas de vivienda coherentes y constantes, tanto verticalmente (UE-gobierno central-CCAA-provincias-municipios) como horizontalmente (coordinación entre departamentos de urbanismo, vivienda y servicios sociales, y entre agentes públicos, privados y del tercer sector). Menos enfrentamiento y más «Pacto Nacional por la Vivienda», donde todos se sientan lo menos incómodos posible.

– Obtener datos fiables sobre aspectos clave de la vivienda (cómo, cuándo, dónde, por qué, quién, cuántas) viviendas vacías, okupación, estado de conservación, desahucios, profesionales de la vivienda, vivienda social. Nada de todo esto se sabe a ciencia cierta y así es muy difícil hacer buena política de vivienda, aunque encontremos a alguien que quiera hacerla.

En fin, tengo la confianza de que a lo largo de estas páginas algo de esto van a ver, incluso descubrir desde una óptica interdisciplinar posibles soluciones para encauzar la situación. Deseo sinceramente que, además, este libro llegue a nuestros responsables políticos, más pendientes de X y de sus *lobbies* y movimientos amigos que de leer libros, pero que les ayudaría a legislar sabiamente para ayudar realmente a los que más lo necesitan, lejos de ideologías.

Tarragona, agosto de 2024

## **Sección 1**

### **Derecho a la vivienda**

# I

## DERECHO A LA VIVIENDA Y VIVIENDA HABITUAL. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

## A. Marco general del derecho a la vivienda \*

**Julio Tejedor Bielsa**

*Catedrático de Derecho administrativo  
Universidad de Zaragoza  
tejedorj@unizar.es*

**Resumen:** *Este trabajo propone un estudio introductorio general sobre el derecho a la vivienda. Para ello se analiza el contexto normativo europeo y español en el que ha de desenvolverse, configurado como ámbito de servicio de interés general en concurrencia con el mercado. Se estudia el proceso de dotación de contenido del derecho a la vivienda y su impacto sobre la propiedad privada, mediante la regulación de la función social de forma cada vez más amplia. Sobre esa base se proporciona también una descripción de las políticas de vivienda desde la perspectiva de la programación y planificación públicas, el fomento, que ha venido siendo el instrumento fundamental, las técnicas de policía y la actividad prestacional, centrada en la vivienda social, quizá la más importante asignatura pendiente de las políticas de vivienda en España.*

---

\* Este trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR) de la Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00).

**Abstract:** *This paper proposes a general introductory study on the right to housing. To this end, the European and Spanish regulatory context in which it must operate is analysed, configured as a service area of general interest in competition with the market. The process of giving content to the right to housing and its impact on private property is studied, through the regulation of the social function in an increasingly broad way. On this basis, a description of housing policies is also provided from the perspective of public programming and planning, promotion through subsidies and public grants, which has been the fundamental instrument, police techniques and benefit activity, focused on social housing, perhaps the most important pending issue of housing policies in Spain.*

**Palabras clave:** *Derecho a la vivienda; servicio de interés general, políticas públicas de vivienda, propiedad, función social.*

**Keywords:** *Right to housing; service of general interest, public housing policies, property, social function.*

**Sumario:** 1. La vivienda, entre el servicio público, el servicio de interés general y el mercado. 2. Derecho a la vivienda, derecho de acceso, derecho de tenencia: a) El largo camino hacia el derecho a la vivienda en la normativa autonómica. b) Propiedad de la vivienda y función social. c) Líneas directrices de las políticas de vivienda. La vivienda protegida. 3. Acción administrativa en políticas de vivienda: a) Programación y planificación de las políticas de vivienda. b) El fomento como base de la acción pública en materia de vivienda. c) La actividad prestacional, vivienda social y otras fórmulas de alojamiento. d) La policía administrativa en materia de vivienda.

## 1. LA VIVIENDA, ENTRE EL SERVICIO PÚBLICO, EL SERVICIO DE INTERÉS GENERAL Y EL MERCADO

El artículo 47 de la Constitución establece, como principio rector de la política social y económica, que «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada», previendo al efecto que «los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación». No es el del disfrute de una vivienda un problema nuevo en España, presente como ha estado en las exposiciones de motivos de las grandes leyes urbanísticas del último siglo y medio, desde las decimonónicas leyes de ensanche y reforma interior de poblaciones. Pero sí puede

afirmarse que en el siglo XXI el problema de la vivienda, por muy diversas razones, entre las que la quiebra del urbanismo de ensanche, al explotar la última, previsible y prevista burbuja inmobiliaria<sup>(1)</sup>, y la subsiguiente crisis inmobiliaria y financiera no son las menores, se está abordando de manera diferente. La vivienda protegida, tradicionalmente dirigida a las amplias clases medias y que facilitó su acceso a este bien, limitó el volumen de vivienda social en España.

La caída de las tradicionales políticas de vivienda protegida dejó al país sin políticas específicas de acceso. Quizá por ello la LDV pretende ahora que sea el parque de vivienda libre el que, generalizando las zonas de mercado residencial tensionado, por ejemplo, satisfaga lo que las políticas públicas, urbanísticas, de vivienda y sociales, entre otras, no han sido capaces de atender. No en vano, tras la LDV, una renovada regulación se centra, entre otras cuestiones, en el régimen del derecho de propiedad de la vivienda y, muy especialmente, de la función social que ha de cumplir. En este marco, el legislador estatal ha establecido una configuración de la función social de la propiedad de la vivienda, validada por la STC 79/2024, de 21 de mayo, que llega a condicionar los poderes de disposición y uso, en forma de limitación de la renta arrendaticia, aunque no de precio, de momento, que corresponden al propietario.

En cualquier caso, la política de vivienda va más allá de la política de vivienda social. Comprende todas las tipologías de vivienda y atiende, sin ánimo exhaustivo, a toda la regulación de esta, desde su diseño y construcción, fijando niveles de seguridad y calidad o las modalidades de promoción y garantías, pasando por su entrada y vida en el mercado, previendo una regulación adecuada de su financiación o de las formas de tenencia y los negocios jurídicos que las sustentan, por ejemplo, y llega hasta su rehabilitación o sustitución, incluso, atendiendo a los cada vez más intensos requerimientos de la sostenibilidad ambiental. Pero no puede negarse que en esta amplia política de vivienda es crítica, por sus destinatarios y por su impacto social, la política de vivienda social<sup>(2)</sup>. La idoneidad de organizar el mercado en relación con las políticas de vivienda y las necesidades que han de atender como servicio de interés general parece razonablemente obvia<sup>(3)</sup>. La garantía de acceso a la vivienda, querida por nuestro constituyente,

---

(1) GARCÍA MONTALVO, J., «La vivienda en España: desgravaciones, burbujas y otras historias», *Perspectivas del sistema financiero*, núm. 78, 2003, pp. 1-43.

(2) El concepto de vivienda social no es unívoco en los diferentes Estados de la Unión, ni tan siquiera permanente en el tiempo, aunque, como acertadamente plantea N. LAMBEA LLOP, N., *La gestión de la vivienda social en clave europea*, Tirant lo blanch, Valencia, pp. 80-87, precio o renta inferiores a los de mercado e intervención administrativa en la adjudicación parecen caracteres comunes a esta.

(3) PONCE SOLÉ, J., «La provisión de viviendas destinadas a políticas sociales como servicio de interés general. Servicio público y viviendas dotacionales», en el volumen colectivo *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: Sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, Marcial

bien pudiera asumirse por los poderes públicos en este contexto y atenderse a través de muy diferentes formas, desde el estímulo de la actuación privada de urbanización y promoción hasta la vivienda dotacional o la lindante con los servicios sociales<sup>(4)</sup>. En última instancia, confluirán sobre las políticas de vivienda, al servicio de los intereses generales en presencia, las formas clásicas de acción administrativa de servicio público, fomento y policía en el marco de una planificación de intensidad variable<sup>(5)</sup>.

En este contexto, pues, han de desenvolverse las políticas de vivienda que dotan de contenido al artículo 47 CE. Actualmente, la política de vivienda social se configura como servicio social de interés general, con fines concretos enunciados en la normativa estatal (art. 2 LDV), puede someterse a control y obligaciones de servicio público y las empresas gestoras recibir ayudas de Estado no comunicadas, siempre para necesidades sociales esenciales como proveer viviendas sociales para ciudadanos desfavorecidos o grupos menos favorecidos socialmente que, por falta de solvencia, no puedan encontrar vivienda en mercado [art. 4, en relación con el artículo 3.f).1.º LDV].

Conforme a la LDV, sin perjuicio de lo que establezcan las administraciones competentes, en el ámbito de competencia estatal o de colaboración del Estado con las demás administraciones, tienen la consideración de servicios sociales de interés general «el desarrollo de las actuaciones necesarias para la creación, ampliación, conservación y mejora del parque público de vivienda, por parte de las Administraciones públicas competentes y sus entes instrumentales o dependientes, así como su gestión para asegurar su utilización efectiva en condiciones asequibles, tal y como se definen en el artículo anterior o en la normativa autonómica correspondiente», «las actividades, públicas o privadas, cuyo fin sea la construcción o rehabilitación de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública que fije un precio máximo de venta y alquiler, con destino a las personas u hogares que reúnan los requisitos preestablecidos en base a criterios objetivos que definan su situación económica y social» y «el desarrollo de las actuaciones necesarias por parte de las Administraciones públicas competentes y sus entes instrumentales o dependientes, enca-

---

Pons, Madrid, 2008a: 181-186; VAQUER CABALLERÍA, M., «De nuevo sobre la doctrina europea de los servicios de interés general: Los problemas para definir la familia de los servicios sociales y su aplicación en materia de vivienda», *Revista General de Derecho administrativo*, núm. 25, 2010, pp. 16-18.

(4) BASSOLS COMA, M., «Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución Española de 1978», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 85, 1983, pp. 13-42; TEJEDOR BIELSA, J. C., «Nuevos desarrollos normativos en materia de vivienda en Aragón», *Cuadernos de derecho local*, núm. 7, 2005, pp. 32-34; y BURÓN CUADRADO, J., «El impacto del artículo 47 de la Constitución en la normativa vasca de vivienda», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 230, 2006, pp. 197-200.

(5) MUÑOZ CASTILLO, J., *El derecho a una vivienda digna y adecuada. Eficacia y ordenación administrativa*, Colex, Madrid, 2000, pp. 87-89.



minadas a promover la mejora de las condiciones de habitabilidad, de accesibilidad o de eficiencia energética de los edificios de viviendas, de titularidad pública y privada». (art. 3.1 LDV).

La noción de servicio de interés general en relación con las necesidades de alojamiento de los ciudadanos que han de atenderse con vivienda social, análogo a los servicios sanitarios, educativos u otros de carácter social, choca con la dificultad evidente de que no nos hallamos ante un ámbito típico e histórico de acción pública objeto de liberalización y despublificación sino, a la inversa y con la notabilísima excepción de la vivienda social, de escaso peso en España, ante un sector tradicional y celosamente privado, que está siendo objeto de regulación desde los poderes públicos para corregir las dificultades y disfunciones en el acceso a la vivienda<sup>(6)</sup>. La política de vivienda social, así entendida, debe completarse con la de vivienda protegida, entre otras.

Los poderes públicos han de velar por el buen funcionamiento del mercado y el respeto de las reglas del juego por todos los agentes del sector, por un lado, y deben, por otro, garantizar los objetivos de interés general y, en particular, lograr la satisfacción de las necesidades esenciales de los ciudadanos, mediante una regulación adecuada y, eventualmente, la definición de obligaciones de servicio público, así como la conservación de los bienes públicos cuando el mercado no lo consigue<sup>(7)</sup>. En todo caso, en coherencia con el protagonismo privado en el sector inmobiliario, prevé la LDV que «los servicios de interés general indicados en el apartado anterior podrán ser ejecutados de manera directa por las Administraciones públicas o sus entes instrumentales o dependientes, o bien, podrán realizarse a través de acuerdos con los propietarios, con las entidades legalmente constituidas del tercer sector y de la economía social, o a través de diferentes fórmulas de colaboración público-privada, en cumplimiento del marco legal vigente atendiendo a la naturaleza de la colaboración» (art. 3.2 LDV).

La realidad de los servicios de interés general en la Unión Europea, mencionados en los artículos 14 y 106.2 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea [DOCE, C83/3, de 30 de marzo de 2010] y en el artículo 36 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea [DOCE, C303/1, de 14 de diciembre de 2007], es compleja, está en evolución constante y abarca un extenso abanico de actividades, que van desde las grandes industrias de redes hasta diversas actividades prestacionales de índole social<sup>(8)</sup>. A los servicios de interés económico general,

(6) PONCE SOLÉ, J., «El servicio de interés general de la vivienda. Las consecuencias derivadas de la gestión pública y la actividad privada», *Realidad urbana*, núm. 1/2011, p. 28.

(7) Así se desprende de documentos como el Libro Verde de la Comisión, de 21 de mayo de 2003, sobre los servicios de interés general [COM(2003) 270 final, DOCE C76 de 25.3.2004].

(8) El Documento de trabajo de los servicios de la Comisión SWD(2013) 53final/2, de 29 de abril de 2013, *Guía para la aplicación de las reglas sobre ayudas de Estado de la Unión Eu-*

anteriormente organizados como servicio público en régimen de monopolio, se han unido otros que, como la educación, la sanidad, los servicios sociales o la vivienda social, venían prestándose previamente en concurrencia, con garantía de acceso más o menos intensa. Es más, la propia vivienda es mencionada en el artículo 34 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea al prever que «con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales»<sup>(9)</sup>. Esta perspectiva es la adoptada hoy por la legislación estatal de derecho a la vivienda, cuando establece que «las políticas en materia de vivienda tendrán especialmente en cuenta a las personas, familias y unidades de convivencia que viven en asentamientos y barrios altamente vulnerables y segregados, ya sea tanto en entornos urbanos como en zonas rurales, a las personas sin hogar, a las personas con discapacidad, a los menores en riesgo de pobreza o exclusión social, a los menores tutelados que dejen de serlo y a cualesquiera otras personas vulnerables que se definan en el momento de la actuación» (art. 14.1 LDV).

El criterio del TJUE favorable a esta concepción de la actividad de provisión de vivienda social como servicio de interés económico general se desprende claramente de sus Sentencias de 1 de febrero de 2001 (asunto *SHLM*) y de 1 de octubre de 2009 (asunto *Servatius*). En particular, en esta última sentencia y aun cuando el TJUE no llegó a entrar a analizar si la empresa del caso puede ser considerada encargada de la gestión de servicios de interés general, sí afirmó para justificar la exigencia de una autorización administrativa previa restrictiva de la libre circulación de capitales que «el fomento de la vivienda de protección oficial en un Estado miembro puede ser un interés fundamental de la sociedad» (§ 28) y que «las exigencias de la política de vivienda de protección oficial y su régimen de financiación en un Estado miembro pueden constituir igualmente razones imperiosas de interés general y, por ende, justificar restricciones... conside-

---

*ropea, contratos públicos y mercado interior a los servicios de interés económico general y, en particular, a los servicios sociales de interés general* permite conocer en detalle la configuración de estos servicios y los requisitos para que las empresas puedan actuar en ellos.

(9) GHEKIERE, L., «La Comunidad Europea y la vivienda social», *Boletín informativo de la Asociación española de promotores públicos de vivienda y suelo*, núm. 89, 2009, pp. 56-58; Institute for Housing and the Environment (IWU), Darmstadt (2022) *Housing policies in the UE*, Bonn; Nasarre Aznar, S. (Coord.), FTACNIK, M.; LAMBEA-LLOP, N., y RASNACA, L., (2021) *Concrete actions for social and affordable housing in the EU*, The Foundation for the European progressive studies (FEPS); PONCE SOLE, J., «El derecho a la vivienda. Nuevos desarrollos normativos y doctrinales y su reflejo en la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda», en el volumen colectivo *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: Sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, Marcial Pons, Madrid, 2008b, pp. 70-78.



raciones [que] se ven reforzadas por determinadas características que definen la situación del mercado nacional de que se trata en el asunto principal, como la escasez estructural de viviendas y una densidad de población especialmente alta» (§ 30). Específicamente en relación con las SLHM francesas reconoció el Tribunal en su Sentencia de 1 de febrero de 2001 que «tales entidades también satisfacen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil» (§ 27)<sup>(10)</sup>.

Antes de la LDV varias Comunidades Autónomas habían ya reconocido como servicio social de interés general, con diverso alcance, diversas actividades enmarcadas en la política de vivienda. En Cataluña, la primera en hacerlo, «el conjunto de actividades vinculadas con la provisión de viviendas destinadas a políticas sociales se configura como un servicio de interés general para asegurar una vivienda digna y adecuada para todos los ciudadanos» (art. 4.1 Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, LDVC), entendiéndose que «a efectos de la homologación con la normativa europea en materia de vivienda, tienen la condición de viviendas sociales las viviendas que la presente ley define como destinadas a políticas sociales, tanto si son resultado de procesos de nueva construcción o rehabilitación como si se obtienen en virtud de programas sociales de mediación y cesión» (art. 4.2 LDVC).

La Ley del País Vasco 3/2015, de 18 de junio, de vivienda (LVPV) previó, delimitando un ámbito notablemente más amplio que el definido en Cataluña, que «todas y cada una de las actividades vinculadas a la provisión de viviendas y alojamientos destinados a políticas de protección pública se configuran como un servicio de interés general, para asegurar una vivienda digna y adecuada a toda la ciudadanía» (art. 4.1 LVPV), entendiéndose que «a efectos de la homologación con la normativa europea en materia de vivienda, tienen la condición de viviendas sociales tanto las viviendas que la presente ley define como viviendas de protección pública como los alojamientos dotacionales, independientemente de si son resultado de procesos de nueva construcción o de rehabilitación o de si se obtienen en virtud de programas sociales de mediación o cesión», así como que «a los mismos efectos previstos en los apartados anteriores de este artículo, las actividades públicas de fomento de la regeneración, renovación y rehabilitación del patrimonio edificado o urbanizado se considerarán igualmente de interés general. Todas las viviendas afectadas por estas intervenciones tendrán la consideración de viviendas sociales a los efectos de poder recibir ayudas públicas» (art. 4.2 y 3 LVPV). Esta configura-

---

(10) Una exposición actualizada de la vivienda social como servicios de interés general en el ordenamiento de la Unión en DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., «Actuaciones en materia de vivienda y servicio de interés general», en el volumen colectivo coordinado por CHINCHILLA PEINADO, J. A., y LÓPEZ DE CASTRO, GARCÍA-MORATO, L., *Estudios sobre el derecho a la vivienda*, RDU editores, Madrid, pp. 113-123.

ción del servicio social de interés general en la normativa vasca, por lo demás, fue incorporada literalmente al artículo 7 de la Ley 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears (LVIB).

También incorpora el concepto de servicio social de interés general la Ley 6/2015, de 24 de marzo, de la Vivienda de la Región de Murcia (LVRM), al prever que la intervención de las administraciones públicas deberá «garantizar que el conjunto medidas vinculadas con la provisión de viviendas destinadas a políticas sociales se configure como un servicio de interés general para asegurar una vivienda digna y adecuada para todos los ciudadanos» [art. 4.a) 10.º LVRM].

Navarra vincula directamente la declaración de servicio social de interés general en el ámbito de la vivienda al reconocimiento del derecho subjetivo de acceso a la vivienda, que se concreta en el acceso a una vivienda del parque público o la aplicación de un sistema de deducciones fiscales por arrendamiento, al establecer que «cualquier actividad dirigida a posibilitar la satisfacción y protección del derecho a una vivienda digna y adecuada se considerará como un servicio social de interés general» (art. 3bis.4 Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra, LFDVN, introducido mediante Ley Foral 28/2018, de 26 de diciembre).

Entre las normas autonómicas más recientes y que más extensamente han regulado el concepto y contenido del servicio social de interés general en el ámbito de la vivienda, se encuentra la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana (LFSVCV). Conforme a la misma «la actividad dirigida a posibilitar el derecho a una vivienda asequible, digna y adecuada se considera como un servicio de interés general» (art. 3.1 LFSVCV). Además de establecer ciertos principios presupuestarios vinculados a la provisión de vivienda, el legislador valenciano concretó, a título enunciativo, los medios a través de los cuales puede prestarse dicho servicio, incluyendo entre ellos el fomento y concertación de la iniciativa privada, el mantenimiento y rehabilitación de las viviendas sujetas a régimen de protección pública ya existentes, el desarrollo de los instrumentos de planificación, programación y apoyo a la financiación necesarios para la ampliación del parque público de vivienda, la construcción de nuevas viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, con prioridad para la consolidación, ampliación y mejora del parque público de viviendas destinado a atender a las necesidades sociales de los ciudadanos en situación de exclusión o emergencia social, los instrumentos de mediación y, finalmente, el establecimiento de obligaciones de servicio público.

Las consecuencias de la configuración de la garantía pública de provisión de vivienda o alojamiento como servicio de interés económico general, según ha apuntado la doctrina, son diversas<sup>(11)</sup>. Así, la propia normativa

---

(11) PONCE SOLÉ, J., «La provisión...», cit., 2008a, pp. 200-203 y «El servicio...», cit., 2011, pp. 33-48.

europea comporta en estos supuestos, como en educación o sanidad, modulaciones, que operan directamente desde la norma europea, a las exigencias derivadas del artículo 106 TFUE, de acuerdo con su apartado segundo, y en particular las derivadas en materia de competencia del artículo 107 TFUE. Es posible, en este marco, la imposición de obligaciones de servicio público, especialmente, al conectar función social de la propiedad con la noción de servicio de interés general<sup>(12)</sup>. Asimismo, la garantía de servicio que la noción europea legalmente asumida en varias Comunidades implica, parece conducir directamente a la conformación de un parque estable de vivienda social<sup>(13)</sup>, objetivo que, lógicamente, ha de tener consecuencias desde la perspectiva del planeamiento urbanístico y el establecimiento del sistema de viviendas dotacionales o sistema de vivienda social en alquiler. Principios esenciales de la acción administrativa y que han de inspirar las políticas públicas tales como igualdad, transparencia, objetividad o eficacia y eficiencia, están llamados a ejercer decisiva influencia en las políticas de vivienda así articuladas, tal y como demuestran la totalidad de las leyes autonómicas recientes en la materia, al igual que la LDV.

## 2. DERECHO A LA VIVIENDA, DERECHO DE ACCESO, DERECHO DE TENENCIA

### a) **El largo camino hacia el derecho a la vivienda en la normativa autonómica**

El derecho subjetivo a la vivienda es aún hoy un derecho subjetivo en construcción<sup>(14)</sup>, dinámico y diverso pese a la reciente LDV, dada su ubicación en la Constitución entre los denominados principios rectores de la política social y económica y la intensidad de las competencias autonómicas en la materia. Sin acción judicial, sin embargo, no hay derecho y no hay acción, entendida como posibilidad de interponer una demanda para reclamar la declaración o defender un derecho, sobre el derecho a la vivienda, aunque normas como la vasca, la navarra o la andaluza avancen por ese camino, ya recorrido, por ejemplo, en Francia<sup>(15)</sup>. El proceso de construcción del derecho a la vivienda, en todo caso, es la historia de su

---

(12) PONCE SOLÉ, J., «La provisión...», cit., 2008a, p. 202.

(13) PONCE SOLÉ, J., «La provisión...», cit., 2008a, p. 203.

(14) TEJEDOR BIELSA, J. C., «Régimen jurídico general de la vivienda protegida», en el volumen colectivo *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 309-314.

(15) BASSOLS COMA, M., «El derecho a la vivienda ante la crisis económica y el cambio climático: Intervención de las administraciones públicas ante situaciones de vulnerabilidad social y urbanística», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2011-1, p. 15.

progresiva dotación de contenido, proveniente de normas internacionales, supranacionales, nacionales y autonómicas, y de la jurisprudencia que las interpreta y aplica<sup>(16)</sup>.

El derecho a la vivienda existe en términos formales, incluso proclamado en leyes como la LSRU o la LDV, además de diversas normas autonómicas, pero no parece haber seguridad en su reconocimiento judicial excepto en casos extremos<sup>(17)</sup>. Aparece configurado en la normativa de suelo como el derecho de todos los ciudadanos a «disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados» [art. 5.a) LSRU]. Pero, hoy por hoy, aunque muchos de los fines de las políticas públicas de vivienda establecidos en el artículo 2 LDV están directamente dirigidos a dotar de contenido al derecho a la vivienda, la dispersión se impone, y la imaginación de los legisladores autonómicos ha producido medidas muy diversas muy alejadas, en ocasiones, de la inmediata satisfacción del derecho a obtener un alojamiento.

No han faltado quienes han entendido, coherentes con el tradicional abordaje en España de las políticas de vivienda desde el fomento administrativo, que las ayudas públicas son la concreción del derecho a la vivienda del artículo 47 CE, de manera que «cabría afirmar que, exceptuando su forma extrema, en el ordenamiento jurídico español los ciudadanos que reúnan determinados requisitos objetivos y tasados se hallan en una posición en la que son titulares de un verdadero y pleno derecho subjetivo, como tal amparable ante los tribunales»<sup>(18)</sup>. Esta ha sido la propuesta de la legislación de varias Comunidades Autónomas.

En todo caso, el acceso a la jurisdicción ya sea por la acción del legislador estatal o autonómico, ya por la propia acción de los órganos juris-

---

(16) Sobre la cuestión, LÓPEZ RAMÓN, F., «El derecho subjetivo a la vivienda», *REDC*, núm. 102 (2014), pp. 56-68; y «El reconocimiento legal del derecho a disfrutar de una vivienda», *RAP*, núm. 212 (2020), pp. 299-302; NASARRE AZNAR, S., *Los años de la crisis de la vivienda. De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa*, Tirant lo blanch, Valencia, pp. 499-511; CHINCHILLA PEINADO, J. A., «El derecho a la vivienda. La prevalencia de la dimensión objetiva sobre la subjetiva», en el volumen colectivo coordinado por CHINCHILLA PEINADO, J. A., y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., *Estudios sobre el derecho a la vivienda*, RDU editores, Madrid, 2024, pp. 72-74. Para una completa exposición de los diferentes niveles de construcción y tutela del derecho a la vivienda *vid.* MACHO CARRO, A., *Tutela multinivel del derecho a la vivienda*, CEPC, Madrid, 2024.

(17) LÓPEZ RAMÓN, F., *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 19; y, antes, PONCE SOLÉ, J., «El derecho a la vivienda...», cit., 2008b: 80-102.

(18) BELTRÁN DE FELIPE, M., *La intervención administrativa en materia de vivienda. Aspectos competenciales, de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 165-167.

diccionales, nacionales y europeos<sup>(19)</sup>, existe en relación con cuestiones muy diversas<sup>(20)</sup>, conectadas genéricamente con el derecho a la vivienda, pero también con otros derechos, algunos de ellos fundamentales y, en ocasiones, reconocidos en el Derecho de la Unión o en tratados internacionales vigentes en España<sup>(21)</sup>. El preámbulo de la LDV así lo afirma, para sentar las bases fundamentales de la regulación que incorpora, apelando a la jurisprudencia del TEDH y mencionando los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), a la protección de la salud (art. 43 CE) y a un medio ambiente adecuado (art. 45 CE), todos ellos conectados con los valores de la calidad de vida y del libre desarrollo de la personalidad en sociedad (art. 10.1 CE). Para el legislador estatal todo lo anterior «modula, tanto el derecho de propiedad, como la libertad de empresa, cuando operan en el sector de la vivienda, desde el doble punto de vista de la función social que deben cumplir y del interés general, respectivamente (arts. 33.2, 38, 128.1 y 131.1 CE). Y ello sobre el trasfondo de la igualdad de todos los españoles en cualquier parte del territorio del Estado (art. 139.1 CE) en los términos del artículo 14 CE y, en particular, de las personas y grupos sociales en situación de especial desventaja (art. 48 CE) y los legítimos intereses de consumidores y usuarios, de acuerdo con el artículo 51.1 de la Constitución Española».

Pero el derecho subjetivo a la vivienda, concebido como derecho de acceso propio del estatuto de ciudadanía (art. 8 LDV), debiera referirse especialmente a las personas, familias y unidades de convivencia más vulnerables, con objeto de promover en todo caso una solución de emergencia habitacional debida a la pérdida, amenaza de pérdida, vivienda inadecuada o ausencia de vivienda que no pueden satisfacer su necesidad de vivienda en mercado y han de hacerlo, en la terminología de la LDV, a través de la vivienda protegida o de la vivienda asequible incentivada [arts. 3.f) y g), 14 y 24.5 LDV], conectando de este modo con la concepción europea de los servicios sociales de interés general. Poco aporta la LDV acerca del sujeto obligado a satisfacer este derecho, por más que incluya apelaciones al establecimiento de programas en los planes estatales en materia de vivienda, rehabilitación,

---

(19) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su conocida sentencia de 10 de septiembre de 2014 (caso Kusionová) afirmó hace ya una década que «en el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13».

(20) Entre ellas, como apunta PONCE SOLÉ, J., «El derecho a la vivienda...», cit., 2008b, pp. 80-102, sin ánimo exhaustivo, cabe incluir nuevas exigencias al planeamiento territorial y urbanístico, subordinación de la clasificación del suelo residencial al derecho de acceso a la vivienda, control de la demanda y del acceso a la vivienda protegida, reservas obligatorias de suelo y, en algunas Comunidades, garantía pública de acceso en forma de alquiler social a determinados colectivos.

(21) *Idem*, pp. 80-102.

regeneración y renovación urbana y rural (art. 24.5 LDV) y apele también a los parques públicos de vivienda para contribuir al buen funcionamiento del mercado de la vivienda y servir de instrumento a las distintas Administraciones públicas competentes en materia de vivienda para hacer efectivo el derecho a una vivienda digna y adecuada de los sectores de la población que tienen más dificultades de acceso en el mercado (art. 27.1 LDV).

Fueron varias las normas estatales y autonómicas que impulsaron desde principios de siglo, en el marco de la burbuja inmobiliaria, primero, y de la crisis económica que su explosión generó, después, este proceso de transformación de las políticas de vivienda y de construcción del derecho a la vivienda y un nuevo servicio público de vivienda<sup>(22)</sup>. Entre las autonómicas en vigor, siguiendo un orden cronológico y dejando al margen la incidencia sobre la cuestión de dos planes estatales de vivienda y rehabilitación claves en la evolución del derecho a la vivienda, los de 2005-2008 y el de 2009-2012, este frustrado en gran medida<sup>(23)</sup>, deben destacarse las de las Comunidades de País Vasco<sup>(24)</sup>, Aragón<sup>(25)</sup>, Cataluña<sup>(26)</sup>, Navarra<sup>(27)</sup> y Andalucía<sup>(28)</sup>.

(22) TEJEDOR BIELSA, J. C., *Derecho a la vivienda y burbuja inmobiliaria*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 40-50.

(23) TEJEDOR BIELSA, J. C., «Régimen jurídico...», cit., 2010, pp. 336-339.

(24) La inicial exigencia reglamentaria de carencia de vivienda para acceder a viviendas sociales de 1996 se extendió en 2000 a todas las viviendas de protección oficial, con control público de la demanda y la adjudicación y, posteriormente, se incorporó a los artículos 7 a 9 LVPV.

(25) La LMVA avanzó en la clarificación del régimen y condiciones de acceso a la vivienda protegida, regulando e implantando nuevas formas de gestión de las políticas de vivienda tendentes a hacerlas más transparentes y accesibles al ciudadano, basándolas en el concepto de necesidad de vivienda, por un lado, y a erradicar y prevenir el fraude en torno a la vivienda protegida.

(26) Cataluña siguió la estela de País Vasco y Aragón al aprobar la LDVC que, desde la perspectiva del reconocimiento del derecho subjetivo a la vivienda, incorporó una previsión de la genérica acción protectora de las administraciones o la regulación de las viviendas de inserción. La LDVC asumió también la regulación de los sistemas de adjudicación de vivienda protegida de las dos Comunidades anteriores y el concepto de necesidad de vivienda. Fue la LDVC, en todo caso, la primera concebida con muchos de los planteamientos que, en gran medida, se han trasladado a la vigente LDV.

(27) La vigente LFDV fue resultado del mandato de la Ley Foral 9/2008, de 30 de mayo, del derecho a la vivienda en Navarra de modificar la Ley Foral 8/2004, de 24 de junio, de protección pública a la vivienda en Navarra, para ampliar el contenido y cobertura del derecho a la vivienda (RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., «Nuevos desarrollos normativos en materia de vivienda en Navarra», *Cuadernos de derecho local*, núm. 7, 2005, pp. 39-45). La LFDV consolidó las líneas marcadas en las políticas de vivienda de Navarra, que, como el País Vasco, no actúa dentro de los planes estatales de vivienda, profundizando en la intervención pública reguladora, la igualdad en el acceso a las viviendas protegidas y la función social de la propiedad de las viviendas protegidas, configurándose como una ley de medios (ALLI ARANGUREN, J. C., «El irreconocible derecho a la vivienda en la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo», *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 268, 2011, p. 97). Inicialmente Navarra no dio el paso de reconocer y garantizar el derecho subjetivo a la vivienda, pero la reforma operada mediante Ley Foral 28/2018, de 26 de diciembre, lo introdujo, junto a un sistema subsidiario de deducciones fiscales por arrendamiento. En línea con otras normas recientes en la materia, la LDVN es una ley del derecho a la vivienda que no lo reconoce como derecho subjetivo, una norma que es una ley de medios para que se pueda atender la demanda de vivienda de protección pública.

(28) Los artículos 5 a 7 LDVA remite en gran medida a sede municipal la responsabilidad para dar satisfacción al derecho a la vivienda que regula, a través de los planes autonómicos y municipales





Tras esta primera generación de normas innovadoras se impulsó una segunda directamente alumbrada por la crisis, centrada fundamentalmente en el establecimiento de medidas tendentes a evitar la pérdida de la vivienda como consecuencia del impago de rentas o cuotas de amortización de préstamos hipotecarios. En este segundo bloque figuran numerosas disposiciones legales, tanto estatales como autonómicas, de marcado carácter coyuntural en la mayoría de las ocasiones, producto de la profunda crisis inmobiliaria y financiera<sup>(29)</sup>. Entre las estatales, en plena crisis, pueden incluirse el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, o, en relación con los pronunciamientos del TJUE sobre cláusulas suelo en préstamos hipotecarios, el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo. Ya tras el cambio de Gobierno resultante de la moción de censura, y en el contexto de la crisis COVID, primero, y de la guerra de Ucrania, después, también se adoptaron medidas urgentes en materia de vivienda mediante el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, el Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda, el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes, el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, o el Real Decreto-ley 19/2022, de 22 de noviembre, por el que se establece un Código de Buenas Prácticas para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y se adoptan otras medidas estructurales para la mejora del mercado de préstamos hipotecarios<sup>(30)</sup>. Este conjunto

---

de vivienda y suelo y de los registros municipales de demandantes de vivienda protegida. Esta norma asumió también el concepto de necesidad de vivienda basado, en lo esencial, en la no disposición bajo diferentes títulos de vivienda ni de recursos para obtenerla en el mercado.

(29) Sobre causas y consecuencias de la crisis, *vid.*, por todos, NASARRE AZNAR, S., *Los años...*, especialmente su capítulo primero.

(30) *Idem*, pp. 301-302, considera, con acierto, que la evolución legislativa desde el principio de la crisis fue un proceso de ensayo error, situación agravada por una jurisprudencia que califica de «robinprudencial».



de normas, no exento de virajes, contradicciones, cierta improvisación y generador, por ello, de inseguridad jurídica, agravada en combinación con las normas autonómicas, no parece ser el instrumento más adecuado para construir unas políticas de vivienda coherentes, estables y capaces de dar respuesta a los problemas de acceso y tenencia de vivienda.

Las normas autonómicas más recientes, construidas sobre la regulación de la función social de la vivienda, se han centrado en la regulación de la movilización de la vivienda vacía, incentivando su ocupación mediante medidas diversas de índole sancionadora, tributaria o expropiatoria, la ampliación del parque público de vivienda, la regulación de la permanencia en la vivienda mediante la expropiación temporal del uso para evitar desalojos o el derecho subjetivo a la vivienda<sup>(31)</sup>. Estas normas, por otra parte, fueron sistemáticamente recurridas por el Estado siguiendo la estela marcada por la STC 93/2015, que estimó el recurso de inconstitucionalidad en relación con diversos preceptos del Decreto-ley andaluz 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda<sup>(32)</sup>. La reacción del Estado en defensa de sus competencias cuestionando cualquier norma autonómica que pudiese comportar una protección adicional a los deudores hipotecarios respecto de la establecida en la normativa básica estatal fue, pues, general y contundente, y plenamente amparada por el Tribunal Constitucional<sup>(33)</sup>.

Hoy, sin embargo, la legislación estatal también se construye concretando la función social de la vivienda y proyectándola sobre las políticas públicas y, delimitándolo, sobre el régimen de la propiedad de la vivienda. Legislación estatal y autonómicas están marcadas por una evolución del mercado inmobiliario en nuestro país, como en otros, que ha llevado a que

(31) MACHO CARRO, A., *Tutela multinivel...*, cit., pp. 348-382.

(32) Tal fue el caso, además del citado Decreto-ley andaluz, de la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra, la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda, la Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda, la Ley del Parlamento de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, el Decreto-ley 3/2015, de 15 de diciembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda, la Ley de Murcia 10/2016, de 7 de junio, de Reforma de la Ley 6/2015, de 24 de marzo, de la Vivienda de la Región de Murcia, y de la Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia, la Ley de Aragón 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del Sistema Público de Servicios Sociales y con el acceso a la vivienda en la Comunidad Autónoma de Aragón, la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial, a la LFSVCV y la Ley de la Asamblea de Extremadura 2/2017, de 17 de febrero, de Emergencia Social de la Vivienda de Extremadura.

(33) TEJEDOR BIELSA, J. C., «El saneamiento del sistema financiero como límite a la competencia autonómica sobre vivienda. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2015, de 14 de mayo», *Práctica urbanística. Revista mensual de urbanismo*, núm. 137 (2015), pp. 48-53.



el acceso a la vivienda, en cualquier modalidad, se considere cuestión que, íntegramente abandonada al mercado, no es posible resolver como no lo están la sanidad, la educación, los servicios sociales u otros ámbitos presenciales esenciales para el desarrollo de la vida de los ciudadanos. El mercado, por supuesto, es necesario, pero a la hora de dar satisfacción a determinadas necesidades fundamentales no es suficiente porque su lógica e inevitable tendencia a obtener el máximo beneficio acaba produciendo elevados costes sociales y personales. Por ello, la intensidad de la demanda ciudadana, catalizada por la crisis, ratificó la conveniencia de renovar y estructurar las formas de intervención administrativa, superando la perspectiva del fomento como única o predominante en el ámbito de las políticas de vivienda para afrontar una intervención intensa sobre la propiedad de la vivienda, ampliando extraordinariamente, acaso en exceso, su función social<sup>(34)</sup>.

La relativización del contenido esencial en la jurisprudencia constitucional hace que la tensión resultante de una inadecuada aplicación del principio de proporcionalidad, fruto de un implícito reconocimiento de las políticas públicas de vivienda aplicadas hasta la fecha, se traslade al derecho de propiedad y a los propietarios de vivienda, a los cuales se imponen obligaciones, mediante la delimitación de su derecho por la nueva regulación de la función social de la vivienda, que pudiéramos considerar sustitutivas de las de la administración<sup>(35)</sup>. Ciertamente, las políticas activas de vivienda emergen en este contexto con un potencial regulador y corrector de los excesos del mercado de forma que, a la postre, quede este subordinado a las exigencias sociales del marco constitucional. La propiedad de la vivienda, el ejercicio de la libre empresa para su promoción, construcción o comercialización no son inmunes a las exigencias sociales. La vivienda, como otros bienes, tiene también una función social que cumplir, pero conviene no olvidar que ha de ser siempre en equilibrio con el contenido individual, esencial, de la propiedad, sin desnaturalizarla y justificando de forma proporcionada las medidas que se pretendan amparar en la regulación función social de la vivienda.

---

(34) DOMENECH PASCUAL, G., «La verdadera función social del Derecho de propiedad», en *Almacén de Derecho*, <https://almacendederecho.org/la-verdadera-funcion-social-del-derecho-a-la-propiedad-privada> (a 14 de septiembre de 2024), se muestra muy crítico con la concepción dominante de la función social, afirmando que es precisamente una adecuada protección de las facultades del propietario puede también cumplir una función social, compatible con obligaciones impuestas a aquél en virtud de esta que no formarían parte del derecho de propiedad y deberían, en todo caso, basarse en una ponderación adecuada de los intereses en juego atendiendo, como en relación con otros derechos fundamentales, al principio de proporcionalidad (necesidad, adecuación, proporcionalidad).

(35) ARGELICH COMELLES, C., *Ley por el derecho a la vivienda*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 302-307.

## b) **Propiedad de la vivienda y función social**

El proceso de construcción del derecho a la vivienda se ha vinculado directamente, de forma especial en las normas más recientes, al de concreción de la función social de la vivienda y su impacto sobre el derecho de propiedad, delimitándolo. Fue evidente, primero, en las normas coyunturales alumbradas por la crisis a las que nos hemos referido anteriormente; pero se ha consolidado, ahora, en la LDV, que ha supuesto un paso decisivo, a la par que justamente polémico, al imponer la percepción de la vivienda como bien de uso, intensamente funcionalizado socialmente, sobre la de bien de inversión<sup>(36)</sup>. Probablemente, la unión de las dificultades para mantener el disfrute de la vivienda en situación de crisis unida a las dificultades, durante la crisis y después de ella, para acceder a la vivienda, ha alterado sustancialmente la percepción ciudadana de la vivienda como ámbito de inversión. La sociedad, y las políticas que se están promoviendo son reflejo de ello, penaliza esa visión economicista de la vivienda y pretender priorizar otra más social, la de la vivienda como elemento fundamental para el funcionamiento y desarrollo de la sociedad, para la emancipación y la formación de hogares.

En este marco, como ha declarado el Tribunal Constitucional, al legislador corresponde un margen de maniobra amplio, pero no ilimitado porque si, por un lado, está obligado a respetar la vertiente individual del contenido esencial, por otro, no puede ignorar el imperativo constitucional que le obliga a cohesionar la propiedad privada con determinados intereses sociales o públicos. En esta línea, puede afirmarse que la CE garantiza una rentabilidad individual y una rentabilidad social derivadas de la propiedad. El legislador no puede ignorar ni una ni otra porque «utilidad individual y función social definen [...] inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría de bienes» [STC 37/1987 (FJ. 2)]. La función social no solo habilita, pues, la acción del legislador sobre las facultades del propietario con el límite del contenido esencial individual, sino que la exige hasta el límite del contenido esencial determinado por la función social, pero no más allá.

La propiedad, garantizada como institución y como derecho subjetivo, solo puede configurarse de manera que se garanticen los intereses particulares del propietario, respetando el contenido esencial de la propiedad, y los sociales de la comunidad. De este modo una legislación que ignorase

---

(36) NASARRE AZNAR, S., *Los años...*, pp. 490-499, pone de manifiesto como la crisis empezó con una concepción de la vivienda como activo financiero y concluyó con otra que la concibe como hogar como necesidad básica y reflexiona sobre ello para construir una concepción multidimensional de vivienda, que equilibra diversos factores como el hogar como construcción, territorio a proteger (de la pérdida), y como identidad, un entorno vital afectivo, en definitiva.

cualquiera de las dos vertientes de la propiedad sería inconstitucional precisamente en la medida en que estuviera ignorando utilidad individual o función social. Resultaría indiferente que fuese quebrantado el interés del propietario, privado de su derecho, o que lo fuese el interés social. En su vertiente individual el contenido esencial se traduce económicamente. La ley no puede sustraer al propietario el contenido económico de su derecho privándolo de toda sustancia. En esta dimensión el contenido esencial actúa como contenido indisponible para el legislador salvo que, mediante la expropiación, se asuma la negación misma del derecho de propiedad, total o parcial en función de la intensidad de la intervención normativa sobre la propiedad. En este sentido, la garantía constitucional no comprende concretas modalidades de goce o disposición, pero sí goce o disposición determinante de una rentabilidad para el propietario. En la vertiente social, en cambio, el parámetro, aun cuando pudiera ser objeto de valoración en términos económicos o respondiera a necesidades socialmente manifestadas, sería fundamentalmente jurídico. El legislador habría de atenerse a determinadas orientaciones, principios o incluso auténticos derechos incorporados al ordenamiento suprallegal. En nuestro ordenamiento, por ejemplo, tal valor ha de ser reconocido en la mayoría de los preceptos dedicados a los denominados «principios rectores de la política social y económica», entre otros preceptos constitucionales, que constituyen auténticas directrices de actuación que han de ser atendidas por el legislador al definir la función social que determinados bienes han de cumplir. Y no solo bienes objeto de propiedad, como podría entenderse, sino también de otros bienes o aun actividades amparados por la libertad de empresa que, al igual que la propiedad, no pueden ser ejercidos antisocialmente en el marco de una economía social de mercado.

La CE impone el equilibrio entre contenido individual y función social, respetando en todo caso el contenido esencial del derecho de propiedad, sin desfigurarlo<sup>(37)</sup>. El legislador estatal, con el aval de la STC 79/2024 y la relativización del contenido esencial, ha avanzado hacia una configuración estatutaria de la propiedad de la vivienda, fuertemente intervenida regulatoriamente y por la administración, tomando como referencia la configuración estatutaria de la propiedad del suelo, ya tradicional en nuestro derecho, y concretando la función social de la propiedad en el marco de su competencia para establecer las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales. La

---

(37) TEJEDOR BIELSA, J. C., «Propiedad, urbanismo y Estado autonómico», *RAP*, núm. 148 (1999), pp. 407-412, donde afirmo que la conversión forzosa del propietario de suelo en empresario urbanizador, so pena de expropiación-sanción con impacto en la valoración, vulneraría dicho contenido esencial; *in extenso*, en *Propiedad, equidistribución y urbanismo*, Aranzadi, Pamplona, 1998, especialmente capítulo cuarto.

LDV, en esta línea, reguló el estatuto básico del ciudadano en relación con la vivienda (arts. 6, igualdad, 8, derechos, y 9, deberes, LDV); y el estatuto básico del derecho de propiedad de la vivienda, configurando las facultades que lo integran (art. 10 LDV) y, sobre todo, los deberes y cargas derivados de su función social (art. 11 LDV).

En la práctica, la LDV ha incorporado ahora previsiones que, basadas en la función social que la propiedad ha de cumplir, imponen claras restricciones al contenido individual del derecho de propiedad de los propietarios de vivienda, tanto en lo que respecta al uso como a la disposición de esta, especialmente acentuadas en las zonas de mercado residencial tensionado. La configuración de la función social de la vivienda en la LDV ha incorporado, como muchas normas autonómicas, el deber de que la vivienda sea habitada, cumpliendo así su fin. Los límites a la rentabilidad de mercado que puede obtener el propietario de la vivienda, al que se traslada la carga de satisfacer la necesidad de acceso que la acción pública parece incapaz de garantizar, resultan evidentes. En cualquier caso, esta configuración estatutaria de la propiedad, basada en el deber de uso de la vivienda<sup>(38)</sup>, y su notable impacto sobre el contenido esencial individual, son el fundamento de debates como el de la vivienda vacía<sup>(39)</sup>, las zonas de mercado residencial tensionado, el alquiler forzoso o, en su formulación más extrema, la expropiación forzosa de las viviendas no ocupadas, no recogida en la LDV, pero sí en normas autonómicas<sup>(40)</sup>. De la perspectiva puramente patrimonial de acceso desde la que se concebía el derecho a la vivienda en épocas de bonanza, la crisis hizo emerger otra percepción más centrada en la vulnerabilidad social y urbanística, en la problemática de desahucios y ejecuciones hipotecarias, en la reacción frente al acoso inmobiliario y las acciones de regeneración urbana<sup>(41)</sup>. La antaño predominante perspectiva del fomento ha dejado paso hoy a técnicas de policía, vinculadas a una configuración ampliada de la función

(38) MENÉNDEZ REXACH, A., «Derecho a la vivienda y función social de la propiedad: El deber de uso efectivo», en el volumen colectivo coordinado por CHINCILLA PEINADO, J. A., y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., *Estudios sobre el derecho a la vivienda*, RDU editores, Madrid, 2024, pp. 149-196.

(39) No faltan autores, como MOREU CARBONELL, E., «Viviendas vacías», en el volumen colectivo dirigido por ALONSO PÉREZ, M. T., *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, Aranzadi y Cátedra Zaragoza Vivienda, Pamplona, 2018, pp. 31-66; y «Función social de la propiedad y viviendas vacías. Die preguntas y respuestas para el debate», en el volumen colectivo *Políticas y derecho a la vivienda*, Tirant lo blanch, Valencia, 2020, pp. 183-207, que el deber de ocupación o residencia efectiva forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad.

(40) Tal es el caso, por ejemplo, de las establecidas en los artículos 5 LDVC o 59 LVPV, que permiten por esta vía imponer el alquiler forzoso, con aval de la STC 97/2018 e, indirectamente, 16/2021. Lo cierto es que muchas de estas regulaciones autonómicas, en la práctica, respondían a la diferente forma de abordar la problemática de la vivienda durante la crisis que siguió a la explosión de la burbuja inmobiliaria.

(41) BASSOLS COMA, M., «El derecho a la vivienda...», cit., p. 15.

social, y prestacionales, éstas encuadrables entre los servicios de interés general, a nuevas formas de afrontar el tratamiento judicial de desahucios y ejecuciones hipotecarias.

Como ha quedado expuesto, en este marco fueron muchas las Comunidades que impulsaron normas sobre el derecho a la vivienda, primero, y trataron de establecer medidas contra la desocupación y, ya durante la crisis, contra la pérdida de la vivienda. El derecho a la vivienda, casi en paralelo con la explosión de la burbuja y acaso como nacido de las dificultades de acceso provocadas por ésta, se convirtió así en un ámbito fuertemente intervenido y prestacional más del Estado del bienestar con un contenido cada vez más concreto, tal y como ocurre en algunos países de la Unión<sup>(42)</sup>. Pero, al tiempo que se potenció esa configuración del derecho a la vivienda, se cuestionaron fundadamente algunos de los lugares comunes de la política de vivienda de los últimos setenta años, sesgada hacia el acceso en propiedad y a la subvención a la promoción y financiación, directa o mediata<sup>(43)</sup>.

El resultado de todo ello, tras la LDV, es un mercado fuertemente regulado en una triple dimensión: la de las garantías de limpieza de mercado y equilibrio entre las partes que afectan a cuestiones como el contenido de los contratos, el régimen del arrendamiento de vivienda, la información mínima en compra y arrendamiento o el crédito responsable, entre otras (arts. 30 y 31 LDV); la de las garantías de transparencia de mercado, con normas sobre el parque público de suelo y vivienda, la financiación pública a la vivienda, la vivienda deshabitada o vacía o la demanda y suelo público disponible para vivienda (arts. 32 a 36 LDV); y, con carácter más novedoso y polémico, por su impacto sobre la propiedad y las probables ineficiencias que generarán en el mercado de la vivienda, la regulación de las zonas de mercado residencial tensionado, incorporadas también en normas autonómicas<sup>(44)</sup>.

Estas zonas han de declararse considerando la carga media en ellas del coste de la hipoteca o el alquiler, más los gastos y suministros básicos [art. 18.3.a)] o la evolución del precio o alquiler en los cinco años anteriores a la declaración [art. 18.3.b)]. La declaración de la zona de mercado

---

(42) BURÓN CUADRADO, «Examen de la política de vivienda en Euskadi: situación actual y perspectivas», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 79 (II), 2007, pp. 279-284; GHEKIERE, L., «La Comunidad Europea...», 2009, pp. 56-59; INSEGUET-BRISSET, V., «La evolución del derecho francés en materia de vivienda», en el volumen colectivo *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 34-38.

(43) BETRÁN ABADÍA, R., «De aquellos barros, estos lodos. La política de vivienda en la España franquista y postfranquista», *Acciones e investigaciones sociales*, núm. 16, 2002, pp. 27-67; BURÓN CUADRADO, J., «Una política de vivienda alternativa», *Ciudad y Territorio*, núm. 155, 2008, pp. 12-15; TEJEDOR BIELSA, J. C., «Régimen jurídico...», cit., 2010, pp. 314-319.

(44) Título X LFDV, creado por la Ley Foral 20/2022, de 1 de julio.

residencial tensionado<sup>(45)</sup>, que realiza la administración autonómica y ratifica la estatal [art. 18.2.c) LDV], requiere la elaboración de una memoria justificativa [art. 18.2.a) y 18.3 LDV], la realización de un trámite de información pública y la redacción, por parte de la Administración competente, de un plan específico que propondrá las medidas necesarias para la corrección de los desequilibrios evidenciados en su declaración, así como su calendario de desarrollo (art. 18.4 LDV), que debiera resultar coherente con el periodo de vigencia de la declaración, de tres años, prorrogable año a año, previa justificación de las medidas y acciones públicas adoptadas para revertir o mejorar la situación desde la anterior declaración [art. 18.2.d) LDV].

La declaración de zona de mercado residencial tensionado comporta efectos sobre los arrendamientos y sobre la fiscalidad aplicable a los mismos. En relación con los arrendamientos, en lo esencial, se prevé la ampliación de la prórroga obligatoria para el arrendador por periodos anuales hasta tres años en las mismas condiciones (salvo acuerdo, ajuste a precios de zona tensionada o necesidad para familiares o análogas del arrendador) (DF primera LDV, artículo 10.3 LAU). En lo que respecta a los efectos tributarios de la declaración, esta comporta que la reducción base del cincuenta por ciento sobre el rendimiento neto obtenido del arrendamiento por el propietario puede llegar en zonas tensionadas hasta el noventa por ciento (nuevo contrato con rebaja del cinco por ciento de la renta), con escalas intermedias del setenta por ciento (primer alquiler, arrendatario entre 18 y 35 años, administración o entidad sin fines de lucro) o sesenta por ciento (fuera de lo anterior, rehabilitación) (DF segunda LDV, artículo 23.2 LIRPF).

A esta delimitación del derecho de propiedad de la vivienda derivada de su configuración estatutaria, agravada en las zonas de mercado residencial tensionado, sin indemnización al pretender basarse en la función social de la vivienda, se unen otras disposiciones, procedentes del derecho de la crisis inmobiliaria y de nuevo especialmente incisivas en el caso

---

(45) En Cataluña se han declarado zonas de mercado residencial 141 municipios mediante Resolución TER/800/2024, de 13 de marzo, por la que se modifica la Resolución TER/2940/2023, de 11 de agosto, por la que se declaran zona de mercado residencial tensionado varios municipios, de acuerdo con la Ley estatal 12/2023, de 14 de mayo, por el derecho a la vivienda<sup>4</sup>, y 131 municipios mediante Resolución TER/2408/2024, de 1 de julio, por la que se declara una nueva zona de mercado residencial tensionado formada por 131 municipios de Cataluña, de acuerdo con la Ley estatal 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. En total, tales zonas incluyen municipios que agrupan a 7.172.196 vecinos, un 90,7% del total de la población de Cataluña. En el País Vasco, el Observatorio vasco de vivienda, en sendos informes, el *Informe sobre zonas tensionadas en Euskadi (diciembre de 2023)* elaborado por distritos, y el *Informe sobre zonas tensionadas en Euskadi (febrero de 2024)*, elaborado por municipios, ha identificado 41 municipios que podrían declararse zonas de mercado residencial tensionado conforme a los criterios de la LDV. Navarra está iniciado el proceso de identificación de tales zonas en su territorio.



de grandes tenedores, tendentes a mantener al ocupante de la vivienda en ella en determinadas circunstancias de vulnerabilidad condicionando los desahucios, lanzamientos o, incluso, cuando se siga procedimiento por delito de usurpación, medidas cautelares de desalojo y restitución del inmueble a su legítimo poseedor (DF quinta LDV).

Esta conformación, fuertemente funcionalizada socialmente, del derecho de propiedad sobre la vivienda, basada en su percepción por el legislador prioritariamente como bien de uso, antes que bien de inversión, resultante de la crisis, y la función que las políticas públicas y, en su marco, las viviendas protegidas están llamadas a cumplir como factor regulador del mercado de la vivienda y canal de acceso al alojamiento de los ciudadanos, son determinantes del régimen jurídico que ha establecido la LDV. La vivienda, en esta norma, no puede ser únicamente un bien de inversión susceptible de propiedad sin más utilidades que las que proporciona a su propietario «atendiendo a la delimitación que del derecho a una vivienda digna y adecuada efectúa el artículo 47 de la Constitución Española, y considerando que la vivienda cumple una función social dado que constituye un bien destinado a satisfacer las necesidades básicas de alojamiento de las personas, familias y unidades de convivencia» (art. 7.1 LDV). Así pues, la legislación estatal valora implicaciones sociales, urbanísticas, territoriales y ambientales y concreta del modo expuesto la función social de la vivienda. De este modo, el mandato antiespeculativo que el artículo 47 de la Constitución refiere al suelo se extiende por obra del legislador a la vivienda. No basta para ello con abordar la regulación de la función social del suelo, la LDV concreta también la de la vivienda.

La prolongación de la duración del régimen de protección a toda la vida útil de la vivienda en la LDV, como ya habían hecho algunos planes estatales respecto de ciertas tipologías de vivienda protegida, así como algunas comunidades autónomas, responde también a la expuesta percepción de la función social de la vivienda protegida conforme a la cual no solo debe satisfacer la necesidad individual de quien accede a ella sino también nutrir un parque de vivienda accesible que mitigue las fluctuaciones cíclicas del mercado y atenúe las dificultades de acceso<sup>(46)</sup>. En esta misma línea puede traerse a colación la regulación en la LDVC (art. 42) de la expropiación temporal del usufructo de viviendas vacías para su alquiler forzoso en ámbitos declarados de demanda residencial fuerte y acreditada en los planes locales de vivienda, muy polémica en su día, pero que parece encontrar acomodo en la jurisprudencia constitucional sobre pro-

---

(46) IGLESIAS GONZÁLEZ, F., «La intervención pública en el mercado de la vivienda como política social: problemas actuales y soluciones posibles», *Documentación administrativa*, núm. 271-272, 2005, p. 531; TEJEDOR BIELSA, J. C., «Régimen jurídico...», cit., 2010, p. 319.

piedad rústica elaborada en relación con la normativa estatal de fincas manifiestamente mejorables, que limita la renta en función de criterios objetivos, la reforma agraria andaluza o la dehesa extremeña. Y el mismo fundamento, desde la perspectiva del suelo, pero con afección a la vivienda construida sobre él, tiene el establecimiento de reservas para vivienda protegida concebidas como calificación y uso urbanísticos<sup>(47)</sup>, permanente, no como mera asignación de una modalidad de promoción inmobiliaria<sup>(48)</sup>, de modo que el suelo así calificado mantenga su destino, independientemente de la suerte que corra la vivienda protegida, en tanto no se modifique el planeamiento.

### c) **Líneas directrices de las políticas de vivienda. La vivienda protegida**

Hasta esta última década las formas de acción administrativa sobre la política de vivienda no habían variado en lo esencial. La provisión pública de vivienda social, con diferentes denominaciones y regímenes, y las medidas de fomento, en menor medida de policía, eran los instrumentos fundamentales de acción pública. Habían sido construidos a lo largo del siglo xx y tuvieron continuidad tras la Constitución, inicialmente en manos del Estado durante el periodo constituyente y a través de las Comunidades Autónomas, una vez constituidas y transferidas las competencias en materia de vivienda a las mismas<sup>(49)</sup>, que no la financiación, que el Estado retuvo con la cobertura que le proporcionó la jurisprudencia constitucional<sup>(50)</sup>. Sin embargo, lo cierto es que a lo largo de esos años las circunstan-

---

(47) IGLESIAS GONZÁLEZ, F., «El nuevo plan de vivienda 2009-2012 y sus efectos sobre el urbanismo; en especial, las reservas de suelo sobre vivienda protegida», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 19, 2009, p. 57; TEJEDOR BIELSA, J. C., «Régimen jurídico...», cit., 2010, pp. 319-326; VAQUER CABALLERÍA, M., *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, iustel, Madrid, 2011, pp. 134-136; y, críticamente, GARCÍA ÁLVAREZ, G., «Las reservas de suelo para viviendas de protección pública», en el volumen colectivo *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010: 406-408.

(48) Así venía interpretándolo la jurisprudencia, por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril y 15 de diciembre de 2008 (recursos 3912 y 5606).

(49) IGLESIAS GONZÁLEZ, F., «Distribución competencial entre Estado, comunidades autónomas y entidades locales en materia de vivienda», *Cuadernos de Derecho local*, núm. 59, 2022, pp. 35-64; VAQUER CABALLERÍA, M., «El derecho a la vivienda y las competencias estatales», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 39, 2024, pp. 123-146; y VELASCO CABALLERO, F., «Competencias estatales para la aprobación de la Ley por el derecho a la vivienda», en el volumen colectivo coordinado por CHINCILLA PEINADO, J. A. y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., *Estudios sobre el derecho a la vivienda*, RDU editores, Madrid, 2024, pp. 23-48.

(50) ROCA CLADERA, J., «El marco urbanístico de la política de vivienda» en *La política de vivienda en España*, coordinado por Jesús Leal Maldonado, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 2010, pp. 203-204.

cias económicas del país y las necesidades ciudadanas, el parque de vivienda y la distribución de la población han experimentado variaciones sustanciales que no parecían justificar la inercia de la normativa histórica de vivienda protegida. La crisis inmobiliaria y financiera de principios de este siglo, unida a la sumisión de la acción urbanística a criterios ambientales más rigurosos y el impacto social de todo ello, ha impuesto los cambios recientes que venimos examinando y que se han concretado, en síntesis, en la LDV. Estos diez últimos años, como consecuencia del anómalo ciclo inmobiliario que ha generado la última burbuja inmobiliaria, han visto como los legisladores autonómicos y, ahora, el legislador estatal, han empezado a innovar y proponer nuevas técnicas de intervención que, en tanto novedosas, han resultado polémicas, especialmente en cuanto han impactado sobre la propiedad de la vivienda, imponiendo una regulación cada vez más amplia de su función social.

La vivienda protegida ha sido el eje fundamental de las políticas de vivienda. Sin embargo, aunque en determinadas épocas pudo resolver parcialmente los problemas de acceso a la vivienda, ha sido un instrumento ineficaz a la hora de generar un parque de vivienda asequible que impactase de forma relevante sobre el mercado. Hoy día, además, la STC 79/2024 (FJ. 7) ha venido a declarar la competencia autonómica para establecer el régimen jurídico de la vivienda protegida precisando que su regulación por el Estado «supone una invasión de la competencia autonómica exclusiva para legislar en materia de vivienda. En efecto, se regula la finalidad exclusiva de la vivienda, requisitos negativos imperativos de las personas adjudicatarias, el carácter permanente de la protección de la vivienda cuando se promueva sobre determinado tipo de suelo y no inferior a treinta años en el resto de los supuestos, o las condiciones en que podrá darse la autorización de venta o alquiler sobre la misma. Son disposiciones inconstitucionales porque pese a la atribución competencial formal, en realidad establecen un régimen llamado a aplicarse de forma supletoria, determinando el precepto cómo han de relacionarse el ordenamiento estatal y los autonómicos»<sup>(51)</sup>.

Como ya ha quedado dicho, el artículo 47 de la Constitución incluye entre los principios rectores de la política social y económica el derecho a acceder a una vivienda digna y adecuada, pero es al legislador competente al que corresponde establecer las medidas precisas para hacer efectiva la previsión constitucional<sup>(52)</sup>. Es, además, a la Administración a la que

---

(51) Por tales razones la STC 79/2024 declara la inconstitucionalidad del artículo 16 y la DT primera LDV, rechazando el recurso respecto del artículo 3.f) y g), que definen tipologías a los efectos de la propia LDV y la DF cuarta LDV).

(52) IGLESIAS GONZÁLEZ, F., *Administración pública y vivienda*, Montecorvo, Madrid, 2000a, pp. 35-62.

corresponde impulsar y gestionar las políticas públicas necesarias para hacer efectivo ese derecho de acceso. La promoción de vivienda protegida es esencial, sin duda, pero los instrumentos para dar satisfacción al derecho de acceso a la vivienda son variados, las políticas posibles muy diversas. Rehabilitación y regeneración urbana, movilización de vivienda vacía, intervención y control del mercado de vivienda protegida usada, control de fenómenos como la sobreocupación de vivienda o la infravivienda, represión del acoso inmobiliario, mediación, entre otras acciones están conformando las nuevas políticas de vivienda que, a la postre, abarcaría el concepto amplio de servicio público de vivienda. De hecho, ni tan siquiera el concepto de protección permanece hoy inalterado. Los sustanciales cambios acaecidos en los últimos años también lo han modificado sustancialmente.

Quizá la dispersión competencial y el tardío ejercicio por el Estado de sus competencias son los factores que han propiciado una cierta resiliencia de las tradicionales políticas de vivienda que, pudiera decirse, no evolucionaban con los tiempos y necesidades sociales. La permanencia en el tiempo de lo esencial del régimen jurídico de la vivienda protegida conformado a lo largo del siglo xx, tal y como quedó configurado hasta la transición democrática<sup>(53)</sup>, ha generado algunas paradojas que surgen precisamente de la apuntada inadecuación de este a la nueva y variable realidad social, económica e inmobiliaria; y también tensiones, derivadas fundamentalmente del distanciamiento de rentas y precios de vivienda libre y protegida en el momento de la explosión de la burbuja. Los cambios se imponen, aunque los problemas se mantengan. El legislador estatal, como algunos autonómicos, buscan renovar los instrumentos de la política de vivienda, al tiempo que insisten en la aplicación de algunos, ya existentes, que nunca se han logrado aplicar en plenitud. El hecho es que no existe una suficiente oferta de vivienda social, ni de vivienda protegida, porque, o no se ha promovido suficiente, o la promovida ha finalizado su periodo de protección o ha sido descalificada<sup>(54)</sup>. Los potenciales inquilinos o adquirentes,

---

(53) VILLAR EZCURRA, J. L., *La protección pública a la vivienda*, Montecorvo, Madrid, 1981; GARCÍA MACHO, R., *Las aportas de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, IEAL, Madrid, 1982, pp. 163-207; GÓMEZ JIMÉNEZ, M. L., *La intervención administrativa en la vivienda en España 1938-2005*, Montecorvo-Grupo Pinar, Madrid, 2006, pp. 31-334; BERMEJO LATRE, J. L., «La evolución de las políticas de vivienda en la España del siglo xx», en el volumen colectivo *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 165-196; así como los diversos trabajos incluidos en AVS, 2009.

(54) Basta para comprobarlo examinar los datos que proporciona el Observatorio de Vivienda y Suelo, de la Dirección General de Vivienda y Suelo del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, en el *Boletín especial vivienda social*, septiembre de 2020. Entre 1981 y 2019 se terminaron en España 8.605.077 de viviendas libres y 2.364.837 de viviendas protegidas. Pero si, con datos de 2011, la media en la UE28 era de un 9,3% de vivienda social sobre viviendas principales, en España era tan solo del 2,5% (452.040 viviendas). En 2019 se estima el parque público de vivienda

además, tienen escasa solvencia en el marco de un mercado encarecido y bajos ingresos. El problema de acceso se mantiene y se agrava.

El concepto de vivienda protegida, en sentido amplio, continúa siendo esencial. La vivienda protegida constituye un concepto estructural en la LDV y en las normas autonómicas. Es el objeto de la planificación y las políticas de las administraciones públicas; la evaluación de su necesidad ha de incorporarse al planeamiento que, además, deberá establecer las reservas precisas en forma de calificación concreta de suelos para este uso; es el fin que justifica la regulación de los parques públicos de suelo y vivienda; la financiación y subvención pública a la adquisición y urbanización de suelo residencial exigen que elevados porcentajes de éste se destinen a vivienda protegida; se regula de manera detallada el régimen jurídico de la vivienda protegida y las diferentes tipologías, dotacional, en venta, en arrendamiento con o sin opción de compra; se regula el mercado de vivienda protegida, es decir, la segunda y ulteriores transmisiones de las viviendas protegidas en tanto se mantenga el régimen de protección y, en conexión con ello, derechos de adquisición preferente a favor de las administraciones públicas, para sí o para tercero; se establecen, en fin, completos regímenes sancionadores adaptados a las nuevas circunstancias.

### 3. ACCIÓN ADMINISTRATIVA EN POLÍTICAS DE VIVIENDA

Sin ignorar en modo alguno la importancia que el establecimiento reflexivo, y la estabilización, de un nuevo marco civil para la vivienda, conformado por el derecho civil, procesal e hipotecario, tienen para el correcto funcionamiento del mercado en el que han de desenvolverse de forma armónica las políticas de vivienda, la mayor parte de los instrumentos de estas son de naturaleza administrativa. Probablemente ni derecho civil ni administrativo estaban suficientemente preparados para afrontar las consecuencias de la burbuja inmobiliaria<sup>(55)</sup>.

Las políticas de vivienda han integrado históricamente las tres formas clásicas de acción administrativa en el marco, además, de planes y programas para estructurarlas<sup>(56)</sup>. Así lo prevé hoy la legislación estatal (art. 23.1

---

social en alquiler en 290.000 viviendas, 180.000 del sector público autonómico y 110.000 del local, apenas un 1,5% sobre viviendas principales.

(55) NASARRE, S., *Los años de...*, 483 ss.

(56) Ya el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de vivienda, sin remontarnos a normas anteriores, aunaba policía al regular la vivienda de protección oficial y establecer el procedimiento para su calificación (arts. 1 a 20), además del específico régimen sancionador (arts. 56 a 59); fomento, al establecer el régimen de financiación de la promoción y adquisición de viviendas de protección

LDV). La planificación cuenta, desde la perspectiva del fomento y con periodicidad cuatrienal, de una amplia tradición en España y, por extensión, en las Comunidades Autónomas, obviando, sin embargo, programas estratégicos de periodicidad temporal superior a la cuatrienal que hubiesen permitido generar líneas de acción consensuadas, o debatidas previamente, al menos, y sostenidas en el tiempo. En este marco, la administración pública estimula mediante medidas de fomento la construcción de vivienda protegida y la rehabilitación, entre otras cuestiones; declara la vivienda o la rehabilitación protegidas mediante el correspondiente acto administrativo de calificación definitiva y verifica el cumplimiento de la normativa que las disciplina; y, finalmente, actúa también en el mercado como provisor de vivienda protegida en diferentes modalidades, desarrollando actividades económicas mediante entes instrumentales, ya sean entidades de naturaleza pública que actúan en régimen de derecho privado, ya sociedades mercantiles de titularidad pública, especialmente sociedades urbanísticas, que cuentan con un estatuto especial.

Históricamente, por tanto, la administración pública ha desarrollado actividad de servicio público, fomento y policía en relación con la vivienda. Así ha de reconocerse si se advierte que a la labor de producción y gestión de un parque de vivienda pública (ciertamente menguado y decreciente en España), se ha unido la implementación de planes de vivienda que aportan financiación fundamentalmente para la adquisición, promoción en arrendamiento y alquiler (transitorio) de viviendas y, en última instancia, el control del cumplimiento de la copiosa normativa sobre vivienda protegida así como, en algunas Comunidades, la intervención y control del mercado de vivienda. Hoy, sin embargo, parece imprescindible reflexionar acerca del papel de la administración en el nuevo contexto económico. Siendo innegable que la evolución de las políticas de vivienda ha tendido a otorgar primacía a las técnicas de fomento sobre las de policía y servicio público, puede comprobarse como en los momentos álgidos de la última burbuja se intensificó la actividad de policía para acabar con prácticas como los sobrepuestos, entre otras, que estaban desacreditando el conjunto de las políticas de vivienda.

#### a) **Programación y planificación de las políticas de vivienda**

Hasta tiempos recientes la planificación ha sido entendida más como estructuración de un sistema de fomento para un periodo de tiempo de-

---

oficial, así como de las ayudas económicas personales (arts. 21 a 37); y servicio público, al establecer el régimen específico de promoción pública de viviendas de protección oficial (arts. 38 a 55).

terminado que como un instrumento de programación de las políticas públicas de todo tipo dirigidas a proporcionar respuesta al principio rector del artículo 47 de la Constitución<sup>(57)</sup>. Los planes de vivienda, hoy regulados en el artículo 24 LDV, han sido hasta la fecha planes de fomento, integrados por una serie de líneas de ayudas y subvenciones más o menos armónicas dirigidas a favorecer la actividad de promoción, la adquisición, el arrendamiento, la rehabilitación, la regeneración urbana y la urbanización de suelo residencial protegido<sup>(58)</sup>. Pese a la existencia de órganos de cooperación como la conferencia sectorial de vivienda, la conferencia multilateral de vivienda o las comisiones bilaterales de seguimiento, reguladas actualmente en el capítulo II del título II de la LDV, en la práctica tampoco desde una perspectiva colaborativa se ha abordado con decisión el diseño e implementación de una planificación estratégica en la materia que, con la firmeza que sea precisa, identifique las líneas de acción y objetivos de estas políticas.

Sin embargo, en la LDV, como antes en la normativa aragonesa<sup>(59)</sup>, catalana<sup>(60)</sup>, castellano-leonesa<sup>(61)</sup>, andaluza<sup>(62)</sup> o vasca<sup>(63)</sup>, la programación y planificación de las políticas de vivienda están adquiriendo otra dimensión, tanto desde una perspectiva autónoma como en conexión con la planificación territorial y urbanística a la cual, conforme a los planteamientos de la normativa estatal de suelo, ha empezado a condicionar normativamente. Probablemente por ello el legislador estatal ha abordado esta cuestión regulando la planificación y programación estatal en materia de vivienda (art. 23 LDV), previendo que la administración estatal ejerza la potestad de planificación o de programación de su competencia, atendiendo a la realidad económica, financiera y social, en favor de la cohesión territorial y la lucha contra la despoblación, con objeto de asegurar la existencia de una oferta suficiente y adecuada de vivienda en condiciones asequibles, fomentar la utilización racional del suelo y propiciar la ocupa-

(57) IGLESIAS GONZÁLEZ, F., *Administración pública y...*, cit., pp. 63-82.

(58) IGLESIAS GONZÁLEZ, F., *Administración pública y...*, cit., pp. 63-82.

(59) Prevé un programa público de vivienda y una directriz sectorial de vivienda (art. 1 LMVA).

(60) El sistema de planificación lo integran el Plan territorial sectorial de vivienda (art. 12 LDVC); los planes específicos de desarrollo del plan territorial (art. 12.9 LDVC); los programas supralocales específicos de vivienda (art. 13 LDVC); y los planes locales de vivienda (art. 14 LDVC).

(61) Regula el plan de vivienda de Castilla y León, los planes municipales de vivienda y los planes de vivienda intermunicipales en áreas rurales (artículos 9 a 15 LDVCyL).

(62) En Andalucía se regula el plan andaluz de vivienda y suelo, los planes o programas concertados supramunicipales y los planes municipales de vivienda y suelo (arts. 11 a 14 LDVA).

(63) En el País Vasco se regulan como instrumentos de planificación y programación las instrumentos generales y sectoriales de ordenación territorial, en cuanto incorporen previsiones sobre vivienda, y, en particular, el plan territorial sectorial de vivienda, el plan director de vivienda del Gobierno vasco y el planeamiento urbanístico en lo concerniente a la vivienda (art. 11 LVPV).



ción eficiente del parque residencial, y asegurando que tales instrumentos cuenten con una adecuada dotación presupuestaria (art. 23.1 LDV).

**b) El fomento como base de la acción pública en materia de vivienda**

Las líneas de ayudas y subvenciones previstas en los planes de vivienda estatal y autonómicos fueron bastante estables hasta la explosión de la burbuja inmobiliaria<sup>(64)</sup>. En general, el modelo estatal imperaba en todo el territorio nacional, complementado por algunas Comunidades. Las ayudas, hasta el plan estatal que 2009-2012, se estructuraban en tres ámbitos fundamentales, el de la promoción, con préstamos convenidos y en determinadas modalidades de alquiler subvenciones a fondo perdido al promotor; el de la adquisición o arrendamiento de viviendas, libres o protegidas, igualmente articulado mediante préstamos convenidos, con subsidiación y ayudas directas ya sea para el pago del precio, ya para el pago de rentas arrendaticias; y el de la rehabilitación, igualmente con préstamos convenidos de escaso uso en la práctica y ayudas directas, con dos regímenes diferenciados para la rehabilitación aislada o en áreas de rehabilitación integral o de casco histórico. También existieron en algunos planes programas, ya para permitir la generación de suelo para vivienda protegida, como el de apoyo a la adquisición y urbanización de suelo para vivienda protegida, con préstamos convenidos y ayudas directas, ya para atender necesidades sociales específicas, con implicación de otras áreas como la de servicios sociales, como ocurría con los programas de erradicación de chabolismo.

A partir del plan estatal 2013-2016, sin embargo, se produjo un cambio brusco que implicó que la atención se centrase en otras prioridades. Concretamente, se abandonó el apoyo a la promoción y adquisición de vivienda protegida en propiedad, salvo la financiación procedente de planes anteriores, y se mantuvieron programas de apoyo al parque público de vivienda de alquiler y de ayuda al alquiler de vivienda, por un lado, y de rehabilitación edificatoria y regeneración y renovación urbanas, por otro. Además, como resultado de la imbricación de políticas urbanas y de vivienda se incluyeron programas novedosos como el de implantación del informe de evaluación de los edificios y el de fomento de ciudades sostenibles y competitivas. En los planes posteriores se han mantenido estos

---

(64) IGLESIAS GONZÁLEZ, F., «La planificación de la vivienda protegida», en el volumen colectivo *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 349-381; MUÑOZ CASTILLO, J., *El derecho a una vivienda...*, cit., 2000, pp. 21-74.



programas y, además, se han incluido otros de corte social. En particular, en el vigente plan 2022-2025, junto a los anteriores, se han incluido programas específicos de ayuda a las víctimas de violencia de género, personas objeto de desahucio de su vivienda habitual, personas sin hogar y otras personas especialmente vulnerables, de ayuda a las personas arrendatarias en situación de vulnerabilidad sobrevenida, de ayuda a las personas jóvenes y para contribuir al reto demográfico, de fomento de viviendas para personas mayores o personas con discapacidad, de fomento de alojamientos temporales, de modelos cohousing, de viviendas intergeneracionales y modalidades similares, de puesta a disposición de viviendas de la SAREB y de entidades públicas para su alquiler como vivienda asequible o social, de fomento de la puesta a disposición de las comunidades autónomas y ayuntamientos de viviendas para su alquiler como vivienda asequible o social, de ayuda para el pago del seguro de protección de la renta arrendaticia y, de nuevo, de ayuda a la erradicación de zonas degradadas, del chabolismo y la infravivienda. La reorientación de las políticas de fomento parece, de este modo, definitivamente ordenada hacia objetivos de corte más social, más cercano a las políticas de vivienda social de corte europeo en el marco del servicio social de interés general.

c) **La actividad prestacional, vivienda social y otras fórmulas de alojamiento**

Dejando al margen la promoción directa de vivienda proveniente de la normativa estatal de vivienda, hoy supletoria, e impulsada hasta la efectiva transferencia de competencias por la administración general del Estado, acción de promoción realizada durante estos años por algunas Comunidades Autónomas, y abandonada por otras, fue en el momento álgido de la burbuja cuando comenzaron a construirse con decisión políticas de vivienda cuyo alcance trascendía del puro fomento que inspiró el conjunto de las mismas en los años ochenta, noventa y la primera parte de la pasada década. El legislador estatal ha querido salir al paso del declive de la promoción pública de vivienda, postergada en los planes de vivienda tras la vivienda protegida de promoción privada.

La LDV avanza por esta senda con las políticas de estímulo de la ampliación y mantenimiento del parque público de vivienda, impulsadas desde 2013 a través de los planes de vivienda, conectándolas con las políticas de suelo y los parques públicos de suelo (arts. 15 y 27 a 29 LDV), y reorientando además la gestión patrimonial del Estado para favorecer e impulsar las políticas de vivienda (DA segunda LDV). En concreto, la ampliación y dotación del parque de vivienda, público o privado bajo con-

trol público, en suelo residencial o dotacional, con programas diversos que admiten alojamientos colectivos, por ejemplo, se vincula al desarrollo urbanístico, tanteo y retracto u otros medios de adquisición, posible uso de las fianzas de arrendamientos, afección de sanciones y obligación de reinversión (arts. 27, parcialmente inconstitucional, a 29 LDV). A este respecto, resulta esencial la prohibición relativa de venta del parque público de vivienda ahora establecida, extensible al suelo [art. 28.1.d) LDV].

Por primera vez, además de imponer a las administraciones competentes la obligación de establecer objetivos específicos de vivienda social en relación con el número de hogares de cada ámbito territorial, y otras variables territoriales, sociales y económicas (art. 27.1 LDV), se ha concretado transitoriamente ese objetivo al preverse que, transcurrido un año desde la entrada en vigor de la LDV sin que se hayan establecido marcos temporales y metas específicas, como referencia general el compromiso de alcanzar, en el plazo de veinte años, un parque mínimo de viviendas destinadas a políticas sociales del veinte por ciento respecto al total de hogares que residen en aquellos municipios en los que se hayan declarado zonas de mercado residencial tensionado, previendo además obligaciones específicas de financiación y seguimiento (DT segunda LDV).

Existen otros ámbitos de servicio público prestados en el marco de las políticas de vivienda que, poco a poco, van ganando protagonismo en la acción pública. Es el caso, de acciones como la gestión de bolsas públicas de alquiler, cuyo objeto es movilizar el parque de vivienda vacía y dinamizar el mercado del alquiler como alternativa a la compra<sup>(65)</sup>, en las que fueron pioneras comunidades como la vasca, la catalana y la aragonesa. También en este marco pueden traerse a colación programas aplicados en diversas comunidades autónomas que canalizan la provisión y gestión de viviendas de inserción social a través de las entidades sin ánimo de lucro o servicios sociales municipales. Lo que caracteriza a estas iniciativas es que la actividad de fomento se orienta a la oferta y enjuga la diferencia entre el alquiler de mercado y el alquiler social. El sistema, a mi juicio, resulta mucho más eficaz y eficiente que la subvención directa al inquilino que, siendo mucho más difícil de controlar, puede tener efectos manifiestamente inflacionistas cuando no se limitan sustancialmente las rentas arrendaticias máximas, restricción compleja y polémica cuando se proyecta sobre la vivienda libre.

A medio camino entre la acción de policía y de servicio público se sitúan los sistemas de intervención y control sobre los procesos de adjudicación de vivienda protegida o, dicho de otro modo, sobre la selección de

---

(65) ESCAJEDO, L.; GARRIDO, P., y GOROTXATEGUI, M., (2011) «La política de movilización de vivienda vacía en España», *Realidad urbana*, 3/2011, pp. 5-35.

los futuros propietarios o arrendatarios de las viviendas. Tales técnicas, que proceden del ámbito de la vivienda de promoción pública, originariamente en el País Vasco, fueron ampliando poco a poco su ámbito operativo, surgieron muy probablemente para tratar de garantizar una cierta igualdad, a iguales circunstancias, en el acceso a la vivienda social. Sin embargo, su extensión a otras tipologías de vivienda, y especialmente a la de promoción privada, responde también al propósito de erradicar prácticas ilegales en el acceso a la vivienda, como el pago de sobrepagos en dinero negro, y de objetivar los colectivos potencialmente destinatarios de las viviendas protegidas.

#### d) **La policía administrativa en materia de vivienda**

La actividad de policía de la administración se concreta en la ordenación, limitación, condicionamiento y control de la actividad privada por razones de interés general. En el ámbito de la vivienda protegida, donde concurre una extensísima y no siempre armónica normativa estatal supletoria, con complejos planes de vivienda y rehabilitación renovados cuatrienalmente y una profusa normativa autonómica, especialmente en los últimos años, existe una excesiva regulación, no siempre justificada hoy día. A ello se une la diversidad normativa imperante en las diferentes Comunidades Autónomas, validada por la STC 79/2024 al impedir unas mínimas normas estatales atinentes a la vivienda protegida y su régimen jurídico, poniéndose así en cuestión el principio de unidad de mercado.

La regulación autonómica de la vivienda protegida se concreta en una serie de requerimientos técnicos, de calidad y de programa a las viviendas y otros elementos protegidos de las promociones. Sobre tal base, el procedimiento esencial de control, de carácter materialmente autorizatorio, es el de calificación, renovado en la mayoría de las Comunidades<sup>(66)</sup>. La calificación es el acto administrativo través del cual se comprueba que un determinado inmueble cumple todas las condiciones que permiten someterlo a regímenes de protección pública. Concretamente, el régimen de protección desarrolla todos sus efectos con el acto de calificación definitiva, consistente en la comprobación de que la obra ejecutada se corresponde con lo acordado en la calificación provisional y cumple los requisitos previstos en la normativa que resulte de aplicación. Una vez declarada protegida, la vivienda queda sometida a su específico régimen jurídico, de

---

(66) BLANCO BAREA, J. A., *Viviendas de protección pública (VPO). Tramitación administrativa y ayudas. Normativa estatal y autonómica*, Comares, Granada, 2004, pp. 67-109.

carácter estatutario y en el que la función social de la propiedad gana en intensidad condicionando las facultades dominicales de su titular tanto en lo que respecta al uso como a la disposición del bien. Ambos quedan legalmente configurados limitando la plenitud que alcanzan en relación con la vivienda libre en la forma expuesta en este trabajo. A la administración le corresponde, además, el control de todo el proceso de promoción y, en particular, de construcción de la vivienda protegida, supervisando el cumplimiento de las condiciones técnicas que permiten la calificación y ejecutando los programas de control de calidad establecidos.

Junto a los registros administrativos, ya sean de viviendas protegidas, ya de promotores, ya de solicitantes o demandantes de vivienda protegida u otros colectivos que intervienen en el sector, también entre las actividades de policía en tanto limitativas de la actividad de los particulares deben ubicarse las reservas de suelo para vivienda protegida, a las que asimismo me he referido anteriormente. Las reservas de suelo fueron incorporadas a partir de mediados de los noventa (de nuevo el País Vasco fue pionero, en 1994, con una exigente norma) por numerosas Comunidades Autónomas y, tras regularlas expresamente de nuevo la legislación estatal de suelo desde 2007, lo han sido ya por todas ellas al igual que la previsión de coeficientes de ponderación.

Fue la normativa de inspección y sanción, y más recientemente, de protección de la legalidad, la primera que impulsaron diversas Comunidades al amparo de sus competencias en materia de vivienda (STC 207/1999, FJ. 5). La necesidad imperiosa de contar con un régimen sancionador específico para las viviendas protegidas no encuadrables entre las de protección oficial cuyo régimen sancionador, en consecuencia, no les resultaba aplicable, así lo exigió. Más recientemente la tremenda presión sobre la vivienda protegida, derivada de su escasez atendida la demanda existente hace pocos años y del gran diferencial de precio con la vivienda libre, provocó un auge de la actividad inspectora y sancionadora al menos en algunas Comunidades. La arbitrariedad en la adjudicación derivada de la aplicación de una laxa normativa que no condicionaba el acceso sino únicamente la obtención de ayudas y subvenciones públicas, la exigencia de sobrepuestos camuflados a través de diferentes fórmulas como mejoras impuestas a los adquirentes o la obligatoria adquisición de partes alícuotas de otros elementos de la promoción o, en ocasiones, mediante la entrega pura y simple de dinero negro, la falta de ocupación de viviendas protegidas una vez transcurridos los plazos para ello y toda una miríada de corruptelas derivadas de la inadecuación de la normativa para las circunstancias en las que se estaba aplicando justificaron la mejora del régimen sancionador.



La ampliación de los instrumentos integrantes de la política de vivienda ha hecho que se haya ampliado también el ámbito del régimen sancionador. Ejemplo de ello proporciona, por ejemplo, el régimen de control y sancionador establecido en la LDVC<sup>(67)</sup>. Sin embargo, interesa más destacar cómo dicha norma abrió junto a los ya expuestos nuevos caminos a la acción de policía, que requieren programas específicos de inspección, al regular supuestos que denomina de utilización anómala de la vivienda como la expropiación por incumplimiento de la función social del usufructo de viviendas desocupadas en ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada, una vez ofrecidas sin éxito medidas de fomento a su titular y para su puesta en alquiler forzoso (art. 42 LDVC), la sobreocupación (art. 43 LDVC) o la infravivienda (art. 44 LDVC). También se ha regulado el acoso inmobiliario [art. 45.1.c) LDVC], en relación con el cual la norma catalana impone medidas fundamentalmente de policía administrativa con objeto de quebrar el abuso de derecho en que incurre el acosador y preservar el derecho a ocupar la vivienda del acosado (art. 46.1 LDVC). Y, ya en tiempos recientes, se está regulando restrictivamente el uso turístico de la vivienda.

Entre las técnicas de policía dirigidas a garantizar el cumplimiento de la normativa de vivienda protegida y, en particular, el régimen de disposición, los precios máximos y que efectivamente se destinan a las personas beneficiarias deben destacarse también los derechos de adquisición preferente que, inicialmente previstos en los planes sobre base contractual, han sido ya incorporados a numerosas leyes autonómicas de vivienda (País Vasco, Aragón, Galicia o Cataluña, entre otras).

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO I CUDOLA, V. (2008), «La función inspectora y el régimen sancionador en materia de vivienda: Garantizar el buen funcionamiento de la legalidad», en el volumen colectivo *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: Sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, Marcial Pons, Madrid.
- ALONSO PÉREZ, M. T. (Dir.) (2018), *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, Aranzadi y Cátedra Zaragoza Vivienda, Pamplona.
- ALLI ARANGUREN, J.-C. (2011), «El irreconocible derecho a la vivienda en la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo», *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 268, pp. 69-121.

---

(67) AGUADO I CUDOLA, V., «La función inspectora y el régimen sancionador en materia de vivienda: Garantizar el buen funcionamiento de la legalidad», en el volumen colectivo *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: Sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 753-774.

- ARGELICH COMELLES, C. (2023), *Ley por el derecho a la vivienda*, Aranzadi, Pamplona.
- BASSOLS COMA, M. (1983), «Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución Española de 1978», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 85, 1983.
- (2011), «El derecho a la vivienda ante la crisis económica y el cambio climático: Intervención de las administraciones públicas ante situaciones de vulnerabilidad social y urbanística», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2011-1.
- BELTRÁN DE FELIPE, M. (2000), *La intervención administrativa en materia de vivienda. Aspectos competenciales, de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial*, Lex Nova, Valladolid.
- BERMEJO LATRE, J. L. (2010), «La evolución de las políticas de vivienda en la España del siglo XX», en el volumen colectivo *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid.
- BETRÁN ABADÍA, R. (2002), «De aquellos barros, estos lodos. La política de vivienda en la España franquista y postfranquista», *Acciones e investigaciones sociales*, núm. 16.
- BLANCO BAREA, J. A. (2004), *Viviendas de protección pública (VPO). Tramitación administrativa y ayudas. Normativa estatal y autonómica*, Comares, Granada.
- BURÓN CUADRADO, J. (2006), «El impacto del artículo 47 de la Constitución en la normativa vasca de vivienda», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 230.
- (2007), «Examen de la política de vivienda en Euskadi: situación actual y perspectivas», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 79 (II).
- (2008), «Una política de vivienda alternativa», *Ciudad y Territorio*, núm. 155.
- CHINCHILLA PEINADO, J. A. (2024), «El derecho a la vivienda. La prevalencia de la dimensión objetiva sobre la subjetiva», en el volumen colectivo coordinado por J. A. Chinchilla Peinado y López de Castro García-Morato, L., *Estudios sobre el derecho a la vivienda*, RDU editores, Madrid.
- DOMENECH, G. (2024), «La verdadera función social del Derecho de propiedad», en *Almacén de Derecho*, <https://almacenederecho.org/la-verdadera-funcion-social-del-derecho-a-la-propiedad-privada>.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. (2024), «Actuaciones en materia de vivienda y servicio de interés general», en el volumen colectivo coordinado por J. A. Chinchilla Peinado y López de Castro García-Morato, L., *Estudios sobre el derecho a la vivienda*, RDU editores, Madrid.
- ESCAJEDO, L.; GARRIDO, P., y GORROTXATEGUI, M. (2011), «La política de movilización de vivienda vacía en España», *Realidad urbana*, 3/2011.
- INSTITUTE FOR HOUSING AND THE ENVIRONMENT (IWU), DARMSTADT (2022), *Housing policies in the UE*, Bonn.
- GARCÍA-ÁLVAREZ, G. (2010), «Las reservas de suelo para viviendas de protección pública», en el volumen colectivo *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid.



- GARCÍA MACHO, R. (1982), *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, IEAL, Madrid.
- GARCÍA MONTALVO, J. (2003), «La vivienda en España: desgravaciones, burbujas y otras historias», *Perspectivas del sistema financiero*, núm. 78.
- GHEKIERE, L. (2009), «La Comunidad Europea y la vivienda social», *Boletín informativo de la Asociación española de promotores públicos de vivienda y suelo*, núm. 89.
- GÓMEZ JIMÉNEZ, M. L. (2006), *La intervención administrativa en la vivienda en España 1938-2005*, Montecorvo-Grupo Pinar, Madrid.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, F. (2000a), *Administración pública y vivienda*, Montecorvo, Madrid.
- (2000b), *Régimen jurídico de la protección a la promoción y adquisición de viviendas*, Aranzadi, Pamplona.
- (2005), «La intervención pública en el mercado de la vivienda como política social: problemas actuales y soluciones posibles», *Documentación administrativa*, núm. 271-272, pp. 515-544.
- (2009), «El nuevo plan de vivienda 2009-2012 y sus efectos sobre el urbanismo; en especial, las reservas de suelo sobre vivienda protegida», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 19.
- (2010), «La planificación de la vivienda protegida», en el volumen colectivo *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- (2022), «Distribución competencial entre Estado, comunidades autónomas y entidades locales en materia de vivienda», *Cuadernos de Derecho local*, núm. 59.
- INSEGUET-BRISSET, V. (2010), «La evolución del derecho francés en materia de vivienda», en el volumen colectivo *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid.
- LAMBEA LLOP, N. (2022), *La gestión de la vivienda social en clave europea*, Tirant lo blanch, Valencia.
- LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.) (2010), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Barcelona.
- (2014), «El derecho subjetivo a la vivienda», REDC, núm. 102.
- (2020), «El reconocimiento legal del derecho a disfrutar de una vivienda», RAP, núm. 212.
- MACHO CARRO, A. (2024), *Tutela multinivel del derecho a la vivienda*, CEPC, Madrid.
- MENÉNDEZ REXACH, A. (2024), «Derecho a la vivienda y función social de la propiedad: El deber de uso efectivo», en el volumen colectivo coordinado por J. A. Chinchilla Peinado y López de Castro García-Morato, L., *Estudios sobre el derecho a la vivienda*, RDU editores, Madrid.
- MOREU CARBONELL, E. (2018), «Viviendas vacías», en el volumen colectivo dirigido por M. T. Alonso Pérez, M. T., *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, Aranzadi y Cátedra Zaragoza Vivienda, Pamplona, 2018.
- (2020), «Función social de la propiedad y viviendas vacías. Die preguntas y respuestas para el debate», en el volumen colectivo *Políticas y derecho a la vivienda*, Tirant lo blanch, Valencia.

- MUÑOZ CASTILLO, J. (2000), *El derecho a una vivienda digna y adecuada. Eficacia y ordenación administrativa*, Colex, Madrid.
- NASARRE AZNAR, S. (Coord.); FTACNIK, M.; LAMBEA-LLOP, N., y RASNACA, L. (2021), *Concrete actions for social and affordable housing in the EU*, The Foundation for the European progressive studies (FEPS).
- NASARRE AZNAR, S. (2020), *Los años de la crisis de la vivienda. De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa*, Tirant lo blanch, Valencia.
- PALEO MOSQUERA, N. (Editora) (2020), *Políticas y derecho a la vivienda. Gente sin casa y casas sin gente*, Tirant lo blanch, Valencia.
- PONCE SOLÉ, J. (2008a), «El derecho a la vivienda. Nuevos desarrollos normativos y doctrinales y su reflejo en la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda», en el volumen colectivo *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: Sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, Marcial Pons, Madrid.
- (2008b) «La provisión de viviendas destinadas a políticas sociales como servicio de interés general. Servicio público y viviendas dotacionales», en el volumen colectivo *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: Sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, Marcial Pons, Madrid.
- (2011) «El servicio de interés general de la vivienda. Las consecuencias derivadas de la gestión pública y la actividad privada», *Realidad urbana*, núm. 1/2011.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M. (2005), «Nuevos desarrollos normativos en materia de vivienda en Navarra», *Cuadernos de derecho local*, núm. 7.
- ROCA CLADERA, J. (2010), «El marco urbanístico de la política de vivienda» en *La política de vivienda en España*, coordinado por Jesús Leal Maldonado, Editorial Pablo Iglesias, Madrid.
- TEJEDOR BIELSA, J. C. (1998), *Propiedad, equidistribución y urbanismo. Hacia un nuevo modelo urbanístico*, Aranzadi, Madrid.
- (1999), «Propiedad, urbanismo y Estado autonómico», *Revista de Administración Pública*, núm. 148.
- (2005), «Nuevos desarrollos normativos en materia de vivienda en Aragón», *Cuadernos de derecho local*, núm. 7.
- (2010), «Régimen jurídico general de la vivienda protegida», en el volumen colectivo *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid.
- (2012), *Derecho a la vivienda y burbuja inmobiliaria*, La Ley, Madrid.
- (2014), «Riesgo inmobiliario y saneamiento del sistema financiero. Cobertura de riesgos, valoración y transferencia de activos a la sociedad de gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria», *La reforma bancaria en la Unión Europea y España: el modelo de regulación surgido de la crisis*, coord. por Isabel Fernández Torres y Julio César Tejedor Bielsa, Civitas, Madrid, pp. 258-300.
- (2015), «El saneamiento del sistema financiero como límite a la competencia autonómica sobre vivienda. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2015, de 14 de mayo», *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, núm. 137, pp. 48-53.





- VAQUER CABALLERÍA, M. (2010), «De nuevo sobre la doctrina europea de los servicios de interés general: Los problemas para definir la familia de los servicios sociales y su aplicación en materia de vivienda», *Revista General de Derecho administrativo*, núm. 25.
- (2011), *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, iustel, Madrid.
- (2024), «El derecho a la vivienda y las competencias estatales», *Revista d'estudis autonòmics y federals*, núm. 39, 2024.
- VELASCO CABALLERO, F. (2024), «Competencias estatales para la aprobación de la Ley por el derecho a la vivienda», en el volumen colectivo coordinado por J. A. Chincilla Peinado y López de Castro García-Morato, L., *Estudios sobre el derecho a la vivienda*, RDU editores, Madrid.
- VILLAR EZCURRA, J. L. (1981), *La protección pública a la vivienda*, Montecorvo, Madrid.

## B. EL DERECHO A LA VIVIENDA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

### B.1 La dimensión americana y su relación con el caso argentino \*

**Christian Alberto Cao**

*Abogado*

*Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*

*Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid*

*ccao@derecho.uba.ar*

**Resumen:** *La vivienda es una necesidad en la vida contemporánea que permite resguardar la privacidad e intimidad a la persona.*

*Desde mediados del siglo pasado el derecho internacional de los derechos humanos se preocupó por diseñar su reconocimiento, a la vez que las normas fundamentales de la época comenzaron a concebir su protección en términos de derechos constitucionales o directrices destinadas a permitir el acceso a la vivienda.*

*El contenido del derecho se complementa con el carácter «adecuado» o «digno» de la vivienda, y su particular tutela orientada a colectivos vulnerables forman parte de la construcción jurisprudencial delineada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la cual la jurisprudencia suprema de la Corte Suprema de Justicia de la nación argentina hizo eco.*

---

\* El trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00).



**Abstract:** *Housing is a necessity in contemporary life that allows the person's privacy and intimacy to be protected.*

*Since the middle of the last century, international human rights law has been concerned with designing its recognition, while the Fundamental norms of the time began to conceive its protection in terms of constitutional rights or guidelines intended to allow access to housing.*

*The content of the right is complemented by the «adequate» or «dignified» character of housing, and its particular protection aimed at vulnerable groups is part of the jurisprudential construction outlined by the Interamerican Court of Human Rights, of which the supreme jurisprudence of the Supreme Court of Justice of the Argentine echoed it.*

**Palabras claves:** *Derecho a la vivienda, sistema interamericano de protección de derechos, exigibilidad.*

**Keywords:** *Right to housing, inter-American system protection of rights, enforceability.*

**Sumario:** 1. La necesidad de la vivienda en la dimensión internacional. 2. La vivienda en el contexto internacional. 3. El contenido del derecho a la vivienda. El objeto del derecho. Su alcance: la vivienda adecuada. 3.1 El carácter «adecuado» de la vivienda objeto del derecho. Las exigencias cualitativas de la vivienda. 3.2 Formas jurídicas indirectas para la garantía del derecho a la vivienda. Los principios rectores de la economía política. 3.2.1 Acceso a la vivienda en propiedad privada. 3.2.2 Acceso a la vivienda en locación. 3.2.3 Acceso a la vivienda bajo otras modalidades. 4. El sujeto del derecho. El caso de sectores vulnerables. 5. El derecho a la vivienda en el sistema interamericano de derechos humanos. 6. El caso argentino. Su reconocimiento constitucional. 7. Bibliografía.

## 1. LA NECESIDAD DE LA VIVIENDA EN LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL

La vivienda adecuada ha sido una necesidad vital de las personas a lo largo del tiempo.

La protección frente a inclemencias naturales, aunada al resguardo de la privacidad y la intimidad de la esfera individual y familiar llevaron a pensar la manera de consagrar este valor en el plano jurídico.

Si el constitucionalismo clásico se ocupó de reconocer las libertades individuales en términos de límites y abstenciones a la actividad estatal, el

constitucionalismo social buscó atribuir conductas positivas a las funciones públicas para garantizar el eficaz acceso a los bienes jurídicos. En ese orden de ideas, el acceso a la vivienda se abrió camino como conquista jurídica a lograr.

A partir de la segunda mitad del siglo xx, el dilema se reprodujo en la dimensión internacional del derecho.

En este plano, los Estados constitucionales encuentran entre sus principales desafíos la garantía del efectivo acceso a la vivienda digna y adecuada para las personas, en escenarios en donde una sustancial porción de la población encuentra dificultades en su satisfacción.

Es que los altos costos que demanda su cumplimiento, concatenados con los factores estructurales y sociales, tanto históricos –urbanismo, salarios, pobreza– como contemporáneos –gentrificación, más recientemente *turistificación*–, entre otros– han sido objeto de debates en los foros y ámbitos internacionales, cuyas conclusiones fueron plasmadas en instrumentos internacionales de derechos humanos.

Precisamente y en esta línea, el objeto del presente trabajo es abordar el derecho a la vivienda desde su dimensión internacional, exponiendo los criterios pautados referidos al contenido, objeto y sujetos del derecho – con las problemáticas que ofrecen los colectivos vulnerables–, como así sus exigencias en términos de las características que lo rodean.

Asimismo, el texto relacionará estos conceptos con algunas de las figuras jurídicas que los Estados han preferido al tiempo de garantizar el derecho, a los fines de aproximar las principales dificultades que enfrenta.

Finalmente, reseñará la jurisprudencia internacional y su relación con el caso argentino a tenor de las directrices trazadas su órgano máximo de justicia, en miras a realizar un aporte que resulte de utilidad comparada para futuros desarrollos.

## 2. LA VIVIENDA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

El derecho a la vivienda es un bien jurídico que no cuenta con amplio reconocimiento en el derecho internacional. El sistema interamericano de derechos humanos no es una excepción a esta carencia.

Esto no quita que haya sido concebido en uno de los instrumentos internacionales pioneros en la materia, esta es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá, 30 de abril de 1948).

Se debe recordar que esta declaración dispuso la creación de la Organización de los Estados Americanos (OEA), e incluso es previa a la

Declaración Universal de los Derechos Humanos (Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948).

El artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece «*Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad*».

Debe decirse que, en forma complementaria, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que «*1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar; y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad*».

Y, también en el ámbito universal, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 11 dispone que «*1. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento*» (Resolución n.º 2.200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas Nueva York, 19 de diciembre de 1966). A su vez, esto fue enriquecido mediante la observación general Núm. 4 titulada «El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)» (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 6.º período de sesiones, 13 de diciembre de 1991).

De regreso al ámbito internacional americano, si bien la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se trata de una declaración que no forma parte de la Carta de la Organizaciones de Estados Americanos, algunos países latinoamericanos le han atribuido jerarquía constitucional en su ordenamiento interno supremo.

Precisamente el caso de la República Argentina dotó de jerarquía suprema a este instrumento internacional –artículo 75 inciso 22 de la norma fundamental– en sus condiciones de vigencia, con sus consecuentes efectos.

Las condiciones de vigencia de este instrumento internacional de derechos humanos importan aquellos complementos que hacen la manera en la que rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales



competentes para su interpretación y aplicación. Veremos más adelante el condicionamiento que la normativa derivada emanada por el órgano internacional creado para garantizar su cumplimiento le determina para su vigencia.

Dicho esto, avancemos sobre el contenido del derecho a la vivienda en el contexto internacional fijado por los tratados internacionales respectivos.

### 3. EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA VIVIENDA. EL OBJETO DEL DERECHO. SU ALCANCE: LA VIVIENDA ADECUADA

En primer lugar, veamos el contenido y alcance del derecho a la vivienda trazado por el derecho internacional.

El derecho a la vivienda, en términos de su contenido, importa el acceso a una sede física –única ubicación de espacio físico– revestida de determinadas condiciones y con el destino de hacer de ella un hogar a los efectos de satisfacer las necesidades habitacionales del sujeto que lo titulariza.

Sobre esto se debe decir que este derecho mantiene su individualidad y no debe confundírsele con el derecho al domicilio, generalmente vinculado a la privacidad y a la intimidad.

Por supuesto que su alcance a la luz del haz de facultades jurídicas incluye también su uso, mantenimiento e incluso la disposición del objeto del derecho –sea en su variante real o personal–, tanto a título oneroso como gratuito.

La satisfacción de este bien jurídico –en una postura indirecta– puede manifestarse de diversas formas. Entre ellas es posible mencionar la facilitación de su acceso, sea para su adquisición real –por ejemplo, crédito hipotecario– o personal –garantías o fianzas locativas–, o su mantenimiento a lo largo del tiempo. Retornaremos más adelante sobre esta modalidad.

Debido a esto, se impone afirmar que el derecho a la vivienda no encuentra necesaria relación con el derecho fundamental a la propiedad privada, sea en su variante real o sea en su modalidad personal. Esto, claro está, independientemente que algunas constituciones se esfuercen por relacionarlo en forma directa o indirecta.

Dicho de otra manera, algunas normas fundamentales vinculan el derecho constitucional a la vivienda con el derecho sobre el objeto del bien en el cual recae la vivienda, y dentro de esto último, con el derecho real dominial sobre él. Sintéticamente, el derecho a la propiedad de la vivienda.



Expongamos dos ejemplos.

En Portugal, el artículo 65 inciso 3 de la Constitución dispone que *«El Estado adoptará una política tendente a establecer un sistema de alquiler compatible con la renta familiar y de acceso a la vivienda propia»*.

En Italia el artículo 47 de la Constitución dispone que *«La República estimula y protege el ahorro en todas sus formas; regula, coordina y controla la actividad de crédito. Favorece el acceso del ahorro popular a la propiedad de la vivienda, a la propiedad agraria directa y a la inversión accionaria directa e indirecta en los grandes complejos productivos del país»*.

Dicho esto, luego, cada legislación modulará el contenido esencial del derecho constitucional, tanto en su aspecto negativo –límites a los límites– como en su sentido positivo –afirmación de sus sustancia jurídica constitucional<sup>(1)</sup>, conforme las particularidades que el texto defina.

En lo que hace al objeto del derecho, la vivienda –a diferencia de otros– resulta de único instituto: el espacio físico con aptitud habitacional.

Este concepto unitario de vivienda como bien jurídico protegido se diferencia de, por ejemplo, el derecho de propiedad privada y sus numerosas «propiedades diferenciadas» o estatutos dominiales/dominicales<sup>(2)</sup>.

Esto no debe confundírsele con las diferentes manifestaciones susceptibles de exteriorizar la vivienda a la luz de la titularidad del objeto, por un lado, y la naturaleza del vínculo jurídico con el titular del derecho, por el otro.

De las numerosas alternativas surgen variantes que pueden ser manifestadas en el siguiente cuadro de doble entrada.

|                                    |           | Titularidad sobre el objeto del derecho |                 |
|------------------------------------|-----------|-----------------------------------------|-----------------|
|                                    |           | Privado                                 | Estado          |
| Naturaleza del objeto del derecho. | Real.     | Dominio.                                | Uso/habitación. |
|                                    | Personal. | Locación /Comodato.                     | Permiso.        |

En la columna vertical se ubica la naturaleza del objeto del derecho a la vivienda, lo que remite al derecho privado en las variantes derecho real o derecho personal sobre el que puede recaer.

(1) PAREJO ALFONSO, L., REDC, 1981, p. 63.

(2) REY MARTÍNEZ, F., 1994, p. 258.



En la línea horizontal se posiciona la titularidad sobre mismo objeto del derecho en cuestión, que admite las variantes privada o pública.

A partir del cruce entre ambos factores se deducen algunas de las más utilizadas variantes en las que el derecho a la vivienda puede manifestarse.

Incluso más, la introducción de instituciones público-privados sumamente utilizados en el tema –por ejemplo, cooperativas o mutuales de vivienda–, o figuras contractuales complejas –fideicomisos habitacionales– habilitan otras modalidades que también pueden satisfacer el derecho en estudio.

### 3.1 **El carácter «adecuado» de la vivienda objeto del derecho. Las exigencias cualitativas de la vivienda**

El objeto en el cual recae el derecho a la vivienda no se satisface de cualquier forma. Su relación con otros derechos constitucionales –a la salud, a la dignidad, a la calidad de vida, entre otros– demandan reunir ciertas características que deben ser abastecido.

La vivienda –algunas veces denominado «hogar»–, conforme el reconocimiento internacional de los derechos humanos, reconoce un carácter: «adecuada». Esta característica forma parte intrínseca del derecho, por lo que no puede ser escindido.

Por este motivo resulta oportuno recurrir a los estándares que el derecho internacional de los derechos humano fijó para determinar el contorno del derecho a la vivienda.

Así, el Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, creado por el Consejo Económico y Social (arts. 61 a 72, del Capítulo X de la Carta de las Naciones Unidas) mediante la Resolución 1985/17 de 28 de mayo de 1985, fue diseñado con el objeto de llevar a cabo las funciones de control asignadas al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en la Parte IV del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Este Comité tiene competencia para dictar observaciones generales (art. c, inciso f de la citada Resolución 1985/17), y en esta inteligencia, en 1991 emitió la Observación general Núm. 4 titulada «El derecho a una vivienda adecuada (Art. 11, párr. 1)».

Recordemos que el artículo 11 apartado 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fija que los Estados Partes *«reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la*



*efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento»* (el destacado es agregado).

Así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado (considerando 8 de la Observación General Núm. 4 del Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Entre esos aspectos figuran los siguientes:

*a)* Seguridad jurídica de la tenencia.

La tenencia de la vivienda admite variedad de formas jurídicas. A modo de ejemplo se admite el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad.

Sin embargo, ante esto, creemos que la ocupación en asentamientos informales que menciona la Observación General debe excluir la toma de posesión clandestina ni mucho menos violenta, dado que el derecho no puede brindar derechos a quien actúa, precisamente, al margen de la ley.

*b)* Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.

La vivienda adecuada comprende los servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición.

Esto en términos de acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia, conforme los lineamientos trazados por el Comité.

*c)* Gastos soportables.

Los gastos que requiere la vivienda adecuada deben ser de un nivel que no impida ni comprometa el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas.

En este orden de ideas, el Comité emitió directrices referidas a subsidios de vivienda para los que no pueden costearla, formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda, protección de la vivienda por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres, y la disponibilidad del material de construcción de vivienda.



*d)* Habitabilidad.

La vivienda adecuada debe ser habitable en términos de espacio adecuado a sus ocupantes, protección del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad y seguridad física.

En este sentido, los criterios trazados por los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la Organización Mundial de la Salud proponen directrices técnicas de indudable seguimiento que deben ser observadas a los efectos de la evaluación de la habitabilidad de la vivienda en cuestión.

*e)* Asequibilidad.

La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho, con especial consideración a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Volveremos sobre esto más adelante al relacionar el derecho a la vivienda con los sectores vulnerables.

*f)* Lugar.

La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y alejados de lugares contaminados o en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes.

En este sentido, la conectividad de la vivienda con el sistema de transporte público resulta fundamental.

*g)* Adecuación cultural.

La manera en que se construye la vivienda adecuada, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda.

Bajo todos estos estándares, el derecho internacional reconoce el derecho a la vivienda adecuada, a lo que añade, desde el plano jurídico, lo siguiente.

En primer lugar, agrega las apelaciones jurídicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los tribunales judiciales en cada uno de los Estados parte.

En segundo lugar, acuña los procedimientos jurídicos que buscan indemnización después de un desahucio ilegal.



En tercer lugar, establece las reclamaciones contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados) en relación con los niveles de alquiler, mantenimiento de la vivienda y discriminación racial u otras formas de discriminación;

En cuarto lugar, tipifica las denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda, y;

Finalmente, y en quinto lugar, establece las reclamaciones contra los propietarios acerca de condiciones de viviendas insalubres o inadecuadas.

### 3.2 **Formas jurídicas indirectas para la garantía del derecho a la vivienda. Los principios rectores de la economía política**

En párrafos anteriores señalamos algunas dogmáticas donde el acceso a la vivienda importa un verdadero reconocimiento en clave de derecho constitucional.

En cambio, y de manera comparada, en otros casos la cuestión de la vivienda no se encuentra registrada de forma directa en términos de derechos fundamentales. Allí, la vivienda como valor a tutelar es reconocida a partir de directrices, mandatos o atribuciones de los poderes constituidos.

En Brasil, el artículo 23 establece que son facultades de los gobiernos en todas sus dimensiones *«IX promover programas de construcción de viviendas y la mejora de las condiciones de habitabilidad y de saneamiento básico»*.

En Colombia, el artículo 51 dispone que *«Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda»*.

En México, el artículo 4 establece que *«Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo»*.

Finalmente, en Argentina, el artículo 14 bis *in fine* prevé que *«El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna»*. Sobre



este caso, no obstante, la jurisprudencia constitucional ha delineado un cambio que más adelante será precisado.

Si bien estas normas no reconocen de forma directa un derecho a la vivienda, lo cierto es que su inclusión en los textos constitucionales impone indudables obligaciones a cumplir por los poderes constituidos.

Estas obligaciones se relacionan con la forma de materializar los objetivos y queda a criterio de las administraciones públicas el diseño de las políticas más apropiadas para alcanzarlos.

Los efectos, entonces, se trasladan al plano de las garantías procesales.

En los casos donde no se reconoce el derecho a la vivienda, la persona no dispondrá de procedimientos para exigir su cumplimiento directo e inmediato. Lo sujeto a control de constitucionalidad podrá eventualmente ser los tipos de políticas públicas destinadas a cumplir las directrices de apoyo a la vivienda.

En cambio, en los casos en donde sí se reconoce un verdadero derecho a la vivienda, las garantías judiciales operan como herramientas procesales para recomponer el derecho antes eventuales agresiones.

En un caso más dividido en términos de opiniones, el artículo 47 de la Constitución española establece que *«Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos»*.

En este debate español, parte de la doctrina jurídica interpreta que los principios rectores o informadores de la legislación infraconstitucional no importan verdaderos derechos subjetivos o fundamentales directamente exigibles, en el sentido normativo o de eficacia jurídica atenuada.

A modo de ejemplo, Fernando Garrido Falla, uno de los principales promotores de esta posición, estima que mientras una norma no posea una garantía para su efectividad –verbigracia, artículo 53 inciso 3 de la Constitución española–, técnicamente, no resulta jurídicamente eficaz o exigible<sup>(3)</sup>.

Eduardo García de Enterría es categórico al afirmar que todos los jueces –y los sujetos públicos y privados– están vinculados a la norma suprema y llamados a su aplicación. Sin embargo, reconoce que no todos los artículos de la Constitución española tienen un mismo alcance y una misma significación normativa, y solo opera a los efectos de dispensar a los derechos básicos una protección judicial reforzada<sup>(4)</sup>.

(3) GARRIDO FALLA, F., p. 973.

(4) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; 2006, pp. 74-76.

Con andamiaje en el plano internacional –y que es materia central de este trabajo–, Javier Jiménez Campo opina que los principios rectores de la política social y económica son pretensiones comunitarias que la Constitución incorpora a fin de imponer, o cuando menos justificar, determinadas políticas públicas. Son, entonces, «derechos aparentes», ya que solo serán alegables «de acuerdo a lo que dispongan las leyes que los desarrollen»<sup>(5)</sup>.

En otra posición doctrinaria, Juan Gavara de Cara reconoce la dependencia de la protección jurídica de los derechos sociales de la regulación normativa infraconstitucional, por lo que no son meros pronunciamientos programáticos carentes de virtualidad normativa, sino que la norma constitucional que establece estos derechos sociales se considera directiva de interpretación en relación a los conceptos indeterminados, de forma que como directiva debe ser observada y respetada en el caso del ejercicio de la discrecionalidad administrativa<sup>(6)</sup>.

Javier Pérez Royo avanza aún más y encuentra –dentro de algunos de los principios rectores– ciertas directrices por las cuales les cabría ser concebidos como derechos fundamentales<sup>(7)</sup>.

Antonio Pérez Luño se ubica entre las posiciones que fundamentan la inclusión de los principios rectores en la categoría de derechos subjetivos<sup>(8)</sup>, a la vez que Luis Prieto Sanchís entiende que la proclamación del valor normativo de los principios rectores es frecuente en la jurisprudencia constitucional, si bien la concreta operatividad de los mismos no resulta siempre uniforme y generalmente depende de la presencia de otras disposiciones constitucionales relevantes para el caso<sup>(9)</sup>.

Expuesta una panorámica del caso español y de regreso al análisis dogmático general, reseñemos algunas formas indirectas que los Estados pueden implementar en la materia.

### 3.2.1 *Acceso a la vivienda en propiedad privada*

En términos del acceso a la vivienda en propiedad, y dada su onerosidad, las administraciones públicas pueden diseñar políticas públicas para facilitar su adquisición y, bajo esta variante, la satisfacción del derecho.

La flexibilidad del acceso al crédito hipotecario o las figuras contractuales fiduciarias –ambas de raíces históricas– que se presentan como alternativas para esta modalidad.

---

(5) JIMÉNEZ CAMPO, J., 1999, p. 123.

(6) GAVARA DE CARA, J., 2010, pp. 51 y 53.

(7) PÉREZ ROYO, J., 2010, pp. 444-445.

(8) PÉREZ LUÑO, A., Madrid, 1984, pp. 63-64.

(9) PRIETO SANCHÍS, L., RCEC, 1995, p. 9 ss.



Excede el objeto de este trabajo el estudio pormenorizado de los recaudos que rodean a estos institutos. Nos limitaremos a señalar que la normativa infraconstitucional debe contar con requisitos que permitan condiciones justas a los fines de materializar el derecho.

Por otro lado, las administraciones pueden desplegar programas de construcción de viviendas –bajo diversas formas de emprendimiento– a los fines de intervenir en el precio de adquisición.

### 3.2.2 *Acceso a la vivienda en locación*

En este orden de ideas, las decisiones públicas pueden estar orientadas a garantizar el acceso a la vivienda bajo modalidades contractuales locativas, de viviendas privadas o públicas.

Para esto resulta fundamental el diseño de adecuada normativa infraconstitucional que asegure a los titulares del derecho garantías para su acceso, en términos de fianza del contrato, sin que deprima la oferta de viviendas por parte de los propietarios.

Dado que bajo esta modalidad el derecho dominial pertenece a una persona diferente al titular del derecho a la vivienda resulta fundamental asegurar su correcto mantenimiento y lucro locativo.

### 3.2.3 *Acceso a la vivienda bajo otras modalidades*

Finalmente, el derecho a la vivienda digna y adecuada puede ser garantizado mediante otras formas jurídicas.

El uso, la habitación o el comodato, entre otros, se presentan como alternativas –aunque menos convencionales– para la garantía de este derecho.

Expuesto el contenido y objeto del derecho conforme los lineamientos del derecho internacional de los derechos humanos, y las distintas modalidades para su garantía, avancemos sobre el sujeto del derecho de la vivienda.

## 4. EL SUJETO DEL DERECHO. EL CASO DE SECTORES VULNERABLES

El sujeto activo del derecho a la vivienda es la persona física.

Las personas jurídicas o de existencia ideal no pueden ser sujetos activos de este derecho, a diferencia de la posibilidad que sí tienen de titularizar el derecho al domicilio.



Esto es así debido a que el contenido del derecho importa el carácter habitacional del lugar físico, lo que diluye la posibilidad de la variante jurídica o ideal.

Los diferentes textos supremos formularán –o no– distinciones referidas a la nacionalidad de las personas físicas en términos de atribución de este bien jurídico.

Sin embargo, esta limitación debe ser contrastada con la normativa –tanto interna como internacional– que reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación, al tiempo de evaluar la atribución y reconocimiento de este derecho.

Frente a esto se debe recordar que la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establece que los Estados que la han ratificado se comprometen, en lo relativo a los derechos económico-sociales, a «... *prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce... del derecho a la vivienda...*» (art. 5.e.iii).

Dicho esto, se debe subrayar que el derecho a la vivienda adecuada en el ámbito internacional mereció particular atención respecto a los sujetos vulnerables.

Expongamos algunos ejemplos.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer dispone que los Estados deben adoptar «... *todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones*» (el destacado es agregado).

La Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios deben adoptar las medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda (art. 27 inciso 3).

Finalmente y en relación con la figura de los refugiados, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados dispone que en materia de vivienda, y en la medida en que esté regida por leyes y reglamentos o sujetas a la fiscalización de las autoridades oficiales, los Estados contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en sus territorios, el



trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente en las mismas circunstancias a los extranjeros.

Resulta evidente que, en atención a su importancia en términos de calidad de vida, el derecho internacional de los derechos humanos se ocupó de igualar la atribución de este derecho a la vivienda en condiciones de paridad para las personas en cada Estado parte.

## 5. EL DERECHO A LA VIVIENDA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Dentro del Sistema Interamericano de Protección de Derechos, los órganos constituidos que tienen por objeto velar por el cumplimiento de sus disposiciones fijaron algunos criterios en materia de protección al derecho a la vivienda.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que la vivienda se encuentra implícitamente reconocida en el principio de desarrollo progresivo.

Por otro lado, su vínculo con los derechos a la inviolabilidad del domicilio, a la residencia, a la propiedad privada y a la calidad de vida permitieron dotarle de andamiaje propio aunque, al momento, sin mayores consideraciones.

Veamos algunos precedentes jurisprudenciales.

Así, en el caso «Ivanildo Amaro Da Silva y Otros Vs. Brasil» estableció que el derecho a una vivienda adecuada no solo está amparado por el artículo 26 de la Convención, sino que, a su vez, se encuentra incluido dentro las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales consagradas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

En el Caso Comunidad indígena «Yakye Axa Vs. Paraguay», determinó que el derecho a la vida digna se encontraría agredido en los casos en los que ese ven imposibilitado el acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, así como a agua limpia y servicios sanitarios.

En el Caso «Masacres de Ituango Vs. Colombia» condenó a este Estado por responsabilidad como consecuencia de la destrucción de las viviendas a fin de causar desplazamiento forzado de la población, vinculado además con el derecho al domicilio.

De todo esto se deduce que la dimensión interamericana de protección de derechos humanos perfila el derecho a la vivienda digna a partir de un reconocimiento implícito desarrollado en la construcción pretoriana que vincula los principios de desarrollo progresivo, el derecho a la vida, la salud y la intimidad/privacidad de las personas.





Dado que la República Argentina forma parte del concierto de Estados que integran el sistema interamericano de protección de derechos, veamos la manera en la que ha sido reconocido.

## 6. EL CASO ARGENTINO. SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

El derecho a la vivienda en la República Argentina tiene su base en el artículo 14 bis de la Constitución nacional en cuanto a que reconoce la protección de la vivienda digna.

Como anticipamos en párrafo anteriores, fueron los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la nación los que terminaron de delinear el contenido esencial y sus alcances.

Fue en la sentencia «Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo» (24 de abril de 2012) donde el máximo órgano judicial argentino fijó postura sobre el reconocimiento y alcance del derecho a la vivienda digna.

En esa sentencia el máximo tribunal afirmó que *«el alojamiento en hogares o paradores que carecen de habitaciones o baños privados y albergan a más de una familia no es suficiente o adecuado para satisfacer el derecho a la vivienda. No atiende a las necesidades mínimas que la situación del grupo familiar demandante requiere considerando la patología del niño, quien ha sufrido graves afectaciones en su salud y en su desarrollo evolutivo como consecuencia de haberse alojado en hoteles con baños y cocinas comunes»*. Asimismo agregó que *«Al estar en juego el derecho a la vivienda, el Estado debe brindar una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente. La erogación estatal debe ser idónea para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible»*.

En el caso «Escobar Silvina y Otros c/ s/INF. Artículo 181, INC. 1.º C. P.» (1/8/2013) el mismo tribunal había sostenido que no se debe entender el derecho a la vivienda en un sentido *«que lo equipare al simple hecho de tener un tejado encima de la cabeza»*, y agregó que debe considerarse como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte.

En el precedente «Mercado, Luis Juan Antonio; Romero, Zulma Beatriz; Sosa, Eduardo Enrique; Aylán, Ramón y otros el Municipio de la Ciudad de Salta» (14/8/2013) la Corte Suprema advirtió sobre la necesaria relación entre el derecho a la vivienda digna y desalojos forzosos de las personas con discapacidad o en otras situaciones de vulnerabilidad, de

conformidad con las pautas establecidas por el Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Allí añadió particularidades referidas al respeto de un conjunto de garantías procesales que comprenden entre otros requisitos, *«una auténtica oportunidad de consultar a las personas involucradas, un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las partes afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo, recursos y asistencia jurídica adecuadas a fin de que tales personas no queden expuestas a nuevas violaciones de derechos humanos»*.

Finalmente, en el antecedente «Velárdez Julio César c/ Jasnis y Basano S. A. s/ ordinario» (15/5/2014) la Corte Suprema de Justicia de la nación estableció la efectiva concreción de las garantías constitucionales establecidas a favor del trabajador a fin de posibilitar el acceso a la jurisdicción en defensa de sus derechos laborales.

Aunado a ello *«... la decisión de excluir al bien en cuestión de la tutela legal en razón de que la condena en costas al actor se basó en la falta de prueba sobre la invocada relación laboral con uno de los codemandados (socio de la empresa fallida para la que aquél trabajó), aparece desprovista de fundamento legal ya que introduce una hipótesis de inaplicabilidad de la norma que ésta no prevé lo cual violenta la pauta interpretativa que desaconseja distinguir donde la ley no distingue»*.

De esta forma, se deduce que el derecho de acceso a una vivienda digna alude a la accesibilidad de un hogar con varias características normativas y a su vez axiológicas y sociales.

La primera de ellas es que el acceso a una vivienda digna no implica necesariamente su adquisición en carácter de propiedad.

La norma suprema persigue garantizar el acceso a la habitabilidad en todas sus variantes (locación, uso y habitación, usufructo y además de la eventual propiedad).

Por otro lado, la norma argentina sí destaca el concepto de «dignidad» –en cuanto a comodidades mínimas, intimidad, seguridad, entre otros factores– que debe revestir la vivienda que es objeto del derecho<sup>(10)</sup>, de forma similar a las especificaciones establecidas por los órganos internacionales y sus tratados internacionales de derechos humanos de los que Argentina forma parte.

En conclusión, el derecho constitucional al acceso a la vivienda digna, conforme lo recoge la Constitución argentina, es entonces de textura amplia y otorga a los poderes públicos facultades para el diseño de políticas públicas de acceso a la vivienda. Entre ellas, y tal como fue reconocido por

---

(10) CAO, C. H., 2015, pp. 510.

la jurisprudencia del máximo Tribunal, se pueden ejemplificar, i) estímulo a la construcción de viviendas privadas orientadas al alquiler, ii) fomento de créditos para la adquisición de tierra y la construcción, iii) diseño de construcción de viviendas por parte del Estado para su venta o locación, iv) facilitación de créditos hipotecarios para la adquisición o construcción por parte del interesado, entre otros<sup>(11)</sup>.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
- BADENI, G., *Tratado de derecho constitucional, La Ley*, Buenos Aires, 2004, 2 tomos.
- BARRA, R., *Principios de derecho administrativo*, Abaco, Buenos Aires, 1980.
- BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985.
- BIDART CAMPOS, G., *La historicidad del hombre, del Derecho y del Estado*, Manes, Buenos Aires, 1965.
- *El orden socioeconómico en la Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 1999.
- CAO, C. A., *Constitución socioeconómica y derechos fundamentales*; Editorial Ediar, Buenos Aires, 2015.
- «La protección de los derechos económicos y sociales. El aporte del Protocolo Adicional del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», en *Revista Jurídica La Ley*, Suplemento actualidad, 17 de junio de 2011.
- «El derecho a ganarse la vida mediante un trabajo y las reglamentaciones irrazonables», en *Revista Jurídica La Ley*, t. 2011-B-658, Buenos Aires, 29 de abril de 2011.
- EKMEKDJIAN, M., *Tratado de derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1993, 4 tomos.
- GARRIDO FALLA, F., «Artículo 53», en Garrido Falla, Fernando y otros; *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cívitas, Madrid, 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- GAVARA DE CARA, J., *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Bosh, Barcelona, 2010.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.
- PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984.
- PÉREZ ROYO, J., *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

---

(11) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación «Sociedad Militar “Seguro de Vida” – Institución Mutualista c./ Estado nacional s./ juicio de conocimiento» (Fallos 320:760) de 6 de mayo de 1997. También «Provincia de Buenos Aires c./ Dirección Nacional de Recaudación Previsional» (Fallos 305:1888) de 8 de noviembre de 1983.

- PRIETO SANCHÍS, L., «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 22, Madrid, 1995.
- PAREJO ALFONSO, L., «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia a propósito de la STC de 8 de abril de 1981»; en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 3, 1981.
- REY MARTÍNEZ, F., *El derecho a la propiedad privada en la Constitución española*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994.

## B. EL DERECHO A LA VIVIENDA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

### **B.2 El derecho a la vivienda en el derecho comparado europeo: modelos e imitaciones\***

**Sabrina Ragone**

*Profesora titular de Derecho público comparado*

*Universidad de Bolonia*

*sabrina.ragone2@unibo.it*

**Valentina Capuozzo**

*Investigadora postdoctoral en Derecho público comparado*

*Universidad de Bolonia*

*valentina.capuozzo2@unibo.it*

**Resumen:** *Esta contribución analiza el derecho a la vivienda en el marco constitucional europeo. Tras un breve repaso preliminar de la problemática*

---

\* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00). Aunque en el marco de una reflexión común entre las Autoras, los apartados 1, 3, 3.1, 3.2, 3.3 y 5 deben atribuirse a Sabrina Ragone, mientras que los apartados 2, 4.1, 4.2 y 4.3 deben atribuirse a Valentina Capuozzo.



*afirmación de la protección social en Europa y el estudio del derecho a la vivienda en los principios sociales europeos y el CEDH, el análisis examina el derecho a la vivienda comparativamente en dos casos de estudio, Italia y Francia, analizando su fundamento constitucional y su evolución normativa y jurisprudencial, enfatizando el papel de los distintos formantes.*

**Abstract:** *The paper analyzes the right to housing in the European constitutional framework. After a brief preliminary overview of the problematic affirmation of social protection in Europe and the study of the right to housing in European social principles and the European Convention of Human Rights, the analysis addresses comparatively the right to housing in the two case studies of Italy and France, examining its constitutional foundation, legal and jurisprudential developments, emphasizing the role of each legal formant.*

**Palabras clave:** *Derecho comparado europeo; Derecho a la vivienda; Francia; Italia.*

**Keywords:** *European Comparative Law; Right to Housing; France; Italy.*

**Sumario.:** 1. Introducción: la cuestión de la comparación constitucional europea. 2. El derecho a la vivienda en los principios sociales europeos y el CEDH. 3. El caso italiano. 3.1 Fundamento constitucional. 3.2 Evolución legal. 3.3 Evolución jurisprudencial. 4. El caso francés. 4.1. Fundamento constitucional. 4.2 Evolución legislativa. 4.3 Evolución jurisprudencial. 5. Breves conclusiones. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN: LA CUESTIÓN DE LA COMPARACIÓN CONSTITUCIONAL EUROPEA

El espacio jurídico europeo presenta una serie de peculiaridades, la primera de ellas siendo la existencia de un entramado común de naturaleza constitucional, tanto que se ha hablado de una comunidad de derechos y no solo económica<sup>(1)</sup>. Por ello, afrontar temas relacionados con los derechos –aunque de naturaleza social– exige una visión comprensiva de los distintos niveles «constitucionales» *lato sensu*, estatales y europeos. Asimismo, todos los formantes resultan esenciales para reconstruir

---

(1) RAGONE, S., «European Comparative law: Reasons for “Enhanced Comparison” and Role of the CJEU», *Revista de Derecho Politico*, 112, 2021.

críticamente el alcance y los corolarios del derecho a la vivienda, es decir, legal, jurisprudencial y doctrinal.

Este texto propone primero un sintético análisis del marco europeo, enfocando luego dos casos de estudio privilegiados, Italia y Francia, cuyo desarrollo constitucional se ha enmarcado sustantivamente en el constitucionalismo social e históricamente en su pertenencia a la Unión Europea.

## 2. EL DERECHO A LA VIVIENDA EN LOS PRINCIPIOS SOCIALES EUROPEOS Y EL CEDH

El derecho a la vivienda ha encontrado protección tanto en los principios sociales europeos como en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Antes de describir la protección europea del derecho a la vivienda, es oportuno hacer una premisa. La naturaleza social de este derecho lo sitúa, a nivel de competencias, en el ámbito de las competencias compartidas entre la Unión Europea y los Estados miembros (art. 4 TFUE). Al igual que los demás derechos sociales, también para la vivienda, la armonización encuentra el obstáculo de las especificidades de las normativas nacionales individuales, que los Estados custodian celosamente<sup>(2)</sup>. Ello, más la conocida discrepancia entre la política económica, en manos de la Unión, y la de la política fiscal, en manos de los Estados, dificulta la europeización del derecho a la vivienda. Una europeización que se realiza más fácilmente a través de la jurisprudencia, que incorpora los principios europeos, haciéndolos garantes al mismo tiempo en la protección de las especificidades de cada ordenamiento.

Con esta premisa, se puede decir que a nivel normativo son tres las fuentes más importantes a analizar: la Carta Social Europea (CSE), la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDDFFUE) y el más reciente Pilar Europeo de Derechos Sociales.

La CSE reconoce de manera explícita este derecho en su artículo 31. Este artículo impone a los Estados firmantes la obligación de adoptar medidas adecuadas para garantizar el acceso a una vivienda adecuada, prevenir la carencia de hogar y hacer asequible el acceso a la vivienda para quienes no disponen de los recursos necesarios.

---

(2) Sobre el punto véase AMATO, G., «Tra Stato sociale e dimensione europea», *Rivista AIC*, 13 maggio 2009; Ib., «La Convenzione sul futuro dell'Europa e la Carta di Nizza», *Quaderni costituzionali*, 3, 2020, pp. 629 ss.; GIUBBONI, S., *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012, p. 33; DE CABO MARTÍN, C., «Constitucionalismo del Estado social y Unión europea en contexto globalizador», in *RDCE*, 11, 2009, pp. 17-48.

Estas obligaciones se supervisan a través del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), que ha generado una relevante jurisprudencia mediante sus conclusiones y decisiones en el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas<sup>(3)</sup>. En este contexto, el Comité ha destacado la necesidad de que los Estados implementen tanto medidas normativas como factuales que aseguren la protección efectiva del derecho a la vivienda, incluyendo la provisión de vivienda alternativa en casos de desalojo forzoso.

Por otro lado, la CDDFFUE, proclamada en el año 2000 y con valor jurídico vinculante desde el Tratado de Lisboa en 2009, no incluye un derecho explícito a la vivienda, pero su artículo 34.3 reconoce el derecho a ayudas de vivienda para garantizar una existencia digna, en particular para quienes no dispongan de recursos suficientes. Sin embargo, esta disposición actúa como un principio, más que como un derecho subjetivo plenamente exigible, porque precisamente se aplica dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión.

A pesar de estas limitaciones, la Unión Europea ha manifestado un interés creciente por la protección de los derechos sociales a nivel comunitario. En este sentido, la proclamación del Pilar Europeo de Derechos Sociales en 2017 representa un hito importante. Aunque no tiene fuerza vinculante<sup>(4)</sup>, este documento establece un marco de derechos sociales que incluye el acceso a una vivienda asequible y de calidad como una condición fundamental para la cohesión social.

El Pilar, compuesto por 20 principios fundamentales, se ha convertido en un punto de referencia para las políticas sociales de la Unión y para la evaluación de las acciones de los Estados miembros, especialmente tras la crisis pandémica, que ha tenido un impacto significativo en las políticas de vivienda a nivel europeo. En el contexto posterior a la COVID-19, la Unión Europea ha lanzado el programa Next Generation EU, cuyo objetivo es financiar la recuperación económica de los Estados miembros y promover las inversiones en sectores clave, incluidas la vivienda y las infraestructuras sociales. Sea claro, las dudas para saludar ‘de manera simplista’ estos recursos como el giro en la trayectoria de integración son más que una. Baste destacar que no se trata de políticas comunes, sino de meros fondos vinculados y limitados a la emergencia pandémica<sup>(5)</sup>. Sin embargo, la gestión del gasto público que se deriva de

---

(3) Sobre el CEDS, véase MACHO CARRO, A., *Tutela multinivel del derecho a la vivienda. Posibilidades y límites en el ordenamiento español*, Madrid, 2024, pp. 99 ss.

(4) Cf. las consideraciones críticas de GIUBBONI, S., «Appunti e disappunti sul Pilastro europeo dei diritti sociali», *Quaderni costituzionali*, 4, 2017, pp. 953 ss.

(5) Para profundizar, véase AA. VV., «Il Forum. Verso un futuro (più) sociale dell'Europa?», *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2021, pp. 230 ss.



ello, unido a los instrumentos de financiación como el Fondo Social Europeo (FSE) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), puede considerarse como un estímulo para reconsiderar los niveles mínimos de protección común con el fin de ampliar la protección social.

En lo que respecta al CEDH, el derecho a la vivienda no aparece recogido explícitamente, pero ha sido protegido de manera indirecta a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), principalmente bajo el artículo 8 del Convenio, que garantiza el derecho al respeto del domicilio<sup>(6)</sup>.

El TEDH ha desarrollado una interpretación amplia de este precepto, considerando que cualquier interferencia en el derecho al hogar, como los desalojos forzosos, debe estar justificada y cumplir con los principios de proporcionalidad. El caso *Bjedov c. Croatia* es particularmente indicativo en este sentido<sup>(7)</sup>. En él el TEDH ha afirmado una garantía también a nivel procesal por la cual cada individuo en riesgo de desahucio tiene derecho a plantear la cuestión de la proporcionalidad de la medida. El Tribunal ha afirmado que la pérdida de la vivienda habitual constituye una injerencia especialmente grave en el derecho al respeto del domicilio, por lo que cualquier medida de desalojo debe ser sometida a un control de proporcionalidad realizado por un tribunal independiente, incluso en situaciones donde el derecho de ocupación haya expirado legalmente.

Además, el Tribunal ha dictado medidas cautelares, de conformidad con el artículo 39 de su Reglamento, en casos donde el desalojo de personas vulnerables podría causarles un daño irreparable, ordenando en algunos casos la suspensión temporal del desalojo o la provisión de una vivienda alternativa.

### 3. EL CASO ITALIANO

#### 3.1 Fundamento constitucional

Al buscar el fundamento constitucional del derecho a la vivienda, hay que remitirse a un fundamento «generalizado», compuesto por muchas disposiciones, ya que en la Constitución italiana no existe ningún artículo específicamente dedicado a su reconocimiento. En un principio, se buscó el anclaje constitucional del derecho a la vivienda en la única referencia expresa a la vivienda, contenida en el artículo 47 ap. 2, pero la evolución jurisprudencial

---

(6) Cf. *amplius* MACHO CARRO, A., *Tutela multinível del derecho a la vivienda. Posibilidades y límites en el ordenamiento español*, Madrid, 2024, pp. 154 ss.

(7) TEDH, *Bjedov v. Croatia*, 29 de mayo de 2012, recurso núm. 42050/09.

y doctrinal ha llevado a la identificación de una base más amplia dentro de la carta fundamental<sup>(8)</sup>. En efecto, el derecho en cuestión se ha ido configurando progresivamente como una necesidad social del individuo que se remonta también y sobre todo a los artículos 2 y 3 ap. 2 de la Constitución<sup>(9)</sup>.

En la Constitución, la vivienda se menciona una sola vez, en el artículo 47 ap. 2, que señala que «la República [...] favorece el acceso del ahorro a la propiedad de la vivienda»<sup>(10)</sup>, como corolario y especificación del artículo 42 de la Constitución (que se refiere generalmente a la propiedad privada), estableciendo un *favor* para la compra de una vivienda que sea domicilio principal. El ahorro, desde esta perspectiva, representa el instrumento a través del cual acceder a la propiedad de un determinado bien: la llamada primera vivienda –y no otras inversiones inmobiliarias–, a la luz del vínculo inseparable con las necesidades del individuo que ese bien satisface.

La intervención legislativa que implementa el principio constitucional ha regulado medios y categorías de referencia específicos, concretando la protección especial garantizada para la satisfacción de esta necesidad primaria. Sin duda, se puede y se debe reconocer que la disposición tiene al menos un valor «negativo», es decir, evitar que algunas personas se queden sin un lugar que les sirva de vivienda (y esto, probablemente, independientemente de la relación con el bien, sea ella de propiedad, alquiler, etc.).

Pese a ello, el artículo 47 parece regular, incluso antes que un derecho a la vivienda, un derecho *sobre* la vivienda, viéndose el derecho de propiedad en su función social. Sin embargo, esta regla atañe a un perfil específico y bien definido, por lo que, analizada de forma independiente, resulta insuficiente para fundamentar reclamaciones de derechos por parte de los interesados.

Precisamente por ello, se ha afirmado con fuerza la necesidad de configurar este derecho tomando en consideración otras demás disposiciones constitucionales. Es un texto en el que se reconoce la plena centralidad del individuo incluso en su dimensión relacional, en el que se refleja la aspiración a la igualdad en relación con aspectos sociales, laborales, económicos, etc.

---

(8) CIOCIA, M., *Il diritto all'abitazione tra interessi privati e valori costituzionali*, Napoli, 2009, p. 43, afirmaba que el artículo 47 crea un derecho subjetivo público por su valor en la formación y desarrollo de la persona.

(9) BRECCIA, U., *Il diritto dell'abitazione*, Milano, 1980; BILANCIA, F., «Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione», *Istituzioni del federalismo*, 3, 2010; CVITARESE MATTEUCCI, S., «L'evoluzione della politica della casa in Italia», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, I, 2010; OLIVITO, E., *Il diritto costituzionale all'abitare. Spinte proprietarie, strumenti della rendita e trasformazioni sociali*, Napoli, 2017.

(10) Véanse MERUSI, F., «Artículo 47», en BRANCA, G. (coord.), *Commentario della Costituzione*, III, Bologna-Roma, 1980, pp. 153 ss.; SALERNO, G., «Artículo 47», en CRISAFULLI, V., PALADIN, L. (coord.), *Commentario breve della Costituzione*, Padova, 1990, pp. 318 ss.; BARONCELLI, S., «Artículo 47», en Bifulco, R., Celotto, A., Olivetti, M. (coord.), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, pp. 945 ss.

Algunos autores, por ejemplo, consideran oportuno hacer referencia a la inviolabilidad del domicilio (art. 14 de la Constitución), a la que los poderes públicos solo pueden acceder en presencia de requisitos específicos y que, en general, representa un lugar en el que rige la intimidad. Hay, pues, una serie de disposiciones que tienen relación con el derecho a la vivienda, si se consideran instrumentales respecto de la satisfacción de necesidades ulteriores y diferentes: la protección de la familia (art. 31), así como la protección de la salud (art. 32 de la Constitución, según el cual la salubridad del entorno en el que se vive es relevante a los efectos de proteger el estado de salud). Pero igualmente se podría hacer referencia a la «existencia libre y digna» a que se refiere el artículo 36 de la Constitución, a la configuración de los derechos de propiedad implementada por el artículo 42 de la Constitución también y sobre todo mediante la referencia a su función social, o incluso al derecho a estudiar y las consiguientes necesidades de vivienda derivadas de los viajes de estudiantes.

En general, sin embargo, la interpretación del derecho deriva principalmente del artículo 2 de la Constitución (conforme al cual la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo como en los grupos sociales donde se desarrolla su personalidad [...]) y artículo 3 ap. 2 de la Constitución, que reconoce el principio de igualdad sustancial.

El artículo 2 de la Constitución se ha interpretado como cláusula abierta y no cerrada: no todos los derechos están expresamente regulados por las disposiciones constitucionales, sino que son tantos como la protección de la persona requiere, en un proceso evolutivo que permite (es más, exige) superar la tipicidad de los derechos. A través de esta interpretación extensiva podemos reconocer relevancia jurídica a libertades que, si bien no están incluidas explícitamente en la Carta fundamental, se abren paso en la conciencia social y dan lugar a una exigencia ante la jurisprudencia y la legislación.

La elaboración jurisprudencial y los estudios realizados sobre el tema también han hecho hincapié en el artículo 3 ap. 2 de la Constitución sobre la estructura concreta de las relaciones económico-sociales.

Desde el punto de vista de las referencias «externas», situadas en el derecho internacional o europeo, desde 2001, el artículo 117 ap. 1 de la Constitución establece que el poder legislativo debe ser ejercido por el Estado y las Regiones respetando no solo la Constitución, sino también las limitaciones derivadas del sistema comunitario y de las obligaciones internacionales. Ello ha llevado a una superposición e integración de estándares, con referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de ddf de la UE y la Carta social europea.



### 3.2 Evolución legal

Han sido numerosas las intervenciones estatales relativas a la implementación del derecho a la vivienda a lo largo de los años, y presentan una sustancial falta de homogeneidad entre ellas, debido a las diferentes medidas y propósitos que se plantean. Sin intención de exhaustividad, se van a revisar las más significativas<sup>(11)</sup>. Cabe señalar que las políticas de vivienda a menudo han perseguido, al mismo tiempo, objetivos individuales, sociales y/o macroeconómicos, como la recuperación de las actividades en el sector de la construcción.

La primera intervención orgánica, bajo el régimen constitucional anterior, que tuvo como objetivo remediar los problemas de vivienda fue la ley núm. 254 de 1903 (la llamada ley Luzzatti), que utilizaba principalmente el instrumento de préstamo para la construcción de viviendas para alquiler o venta, seguido por una medida de 1908 que llevó a los Municipios a obtener préstamos de la Cassa Depositi e Prestiti para construir viviendas públicas. En 1919 se amplió la lista de sujetos que podían solicitar las mencionadas hipotecas y potenció el papel de los Municipios. Además, surgió una tendencia que luego se mantuvo bastante constante: la referencia a diferentes categorías de sujetos, no solo en función de los ingresos, sino también de las características personales (por ejemplo, discapacidad) y de las laborales (ejemplo, funcionarios).

El fascismo no impulsó cambios sustanciales en las políticas de vivienda, aparte de la vinculación del Ministerio de Obras Públicas, y hubo otro decreto del Rey en 1938 (n. 1165), donde se prestó gran atención a las sociedades cooperativas y de bienestar, y en particular a los aspectos organizativos, los criterios de cesión de las viviendas construidas por las propias cooperativas, etc.

Como no podía ser de otra forma, después de la Segunda Guerra Mundial, la ayuda proporcionada por el Plan Marshall se utilizó principalmente para la reconstrucción del país.

Se adoptó de un plan plurianual (que duró siete años y luego se prorrogó por otros siete) denominado «Ina-casa», ya que contaba con el apoyo del Instituto Nacional de Seguros (INA). Este plan, previsto por la ley no. 43 de 1949, reguló la construcción de viviendas para trabajadores, financiada mediante gravámenes sobre los salarios de los trabajadores y empresarios, con la intervención del Estado.

---

(11) GIORGIS, A., «Il diritto costituzionale all'abitazione», *Questione Giustizia*, 2007, pp. 1130 ss., proponía que los poderes públicos se planteasen una actuación «equivalente», con la asignación de los recursos económicos necesarios para comprar la vivienda.

En 1963 (con la ley núm. 60), en sustitución de INA-casa, se inició la experiencia del plan Ges.ca.l. (Instituto de Gestión de Hogares de Trabajadores), con base en los recursos obtenidos de la liquidación del patrimonio de Ina-casa y aportes de los trabajadores, las empresas y el Estado. El plan, que duró diez años (1963-1973), no tuvo éxito y la organización fue abolida.

Una de las razones del fracaso de esta iniciativa se debió a los retrasos en la implementación de las reformas urbanísticas (que comenzaron con la ley nacional de urbanismo, n. 1150 de 1942). Mientras tanto, empezaron a desarrollarse las medidas sobre viviendas de protección oficial.

Con la ley n. 1179 de 1965, se lanzaron importantes líneas de crédito para el sector de la construcción, con la posibilidad de otorgar hipotecas subsidiadas para la implementación de un programa extraordinario en favor de la construcción y compra de viviendas «no de lujo».

Sin embargo, en el medio de protestas generalizadas, la cuestión de la vivienda estalló en todo su dramatismo, alcanzando su punto máximo con la huelga nacional de la vivienda del 19 de noviembre de 1969.

La década de 1970 se abrió con una ley sobre la construcción pública residencial (n. 865 de 1971) que pretendía reorganizar el sector, mediante la disolución de numerosos organismos y la asignación de tareas relevantes al Comité de Construcción Residencial, creado en el Ministerio de Obras Públicas. Esta ley, en el artículo 48, estableció que los programas de construcción de viviendas públicas residenciales debían estar dirigidos a una serie de categorías: trabajadores en general; aquellos «que ocupan viviendas inadecuadas, insalubres y en ruina que necesitan ser demolidas»; los que vivían en «zonas afectadas por desastres naturales»; estudiantes, trabajadores inmigrantes y personas mayores; trabajadores que han emigrado al extranjero y refugiados; los «ciudadanos más necesitados». Posteriormente (decreto 1035 de 1972) se definió la vivienda pública residencial: aquellas «viviendas construidas o por construir por organismos públicos con cargo exclusivo o con asistencia o contribución del Estado, con exclusión de las viviendas construidas o por construir en ejecución de programas de vivienda protegida y protegida» (más tarde, ley núm. 412 de 1991).

Los años 70 están caracterizados por otra evolución esencial: la creación de las Regiones, cuyas competencias en la materia son extremadamente relevantes. El decreto 616 de 1977 (art. 93) preveía la transferencia a las Regiones de funciones administrativas estatales en materia de planificación regional, localización, actividades de construcción y gestión de «intervenciones de vivienda residencial y pública, vivienda protegida, vivienda social protegida, así como la funciones relacionadas con los procedimientos de financiación relacionados». A la vez, se regularon hipotecas

con condiciones subsidiadas y contribuciones para los grupos de población de menores ingresos y se activaron programas extraordinarios de intervención (ej. leyes núm. 513 de 1977 y núm. 457 de 1978).

También hubo las primeras medidas relativas a las viviendas en alquiler (ley núm. 392 de 1978), demostrándose una mayor atención al *disfrute* del bien, que a su propiedad.

En la década de 1990 se produjo una inversión parcial de la tendencia: basta pensar en la ley núm. 179 de 1992 (modificada e integrada con la ley núm. 85 de 1994), sobre ordenamiento territorial de la vivienda, o la ley núm. 560 de 1993, sobre compraventa de vivienda pública residencial (sobre el derecho de compra: podían acogerse a él los cesionarios, así como sus familiares convivientes, siempre que hubieran disfrutado de la vivienda en alquiler durante más de cinco años y no estuvieran en mora en el pago de las tasas. y gastos a la presentación de la solicitud de compra, artículo 1 c. 6). Posteriormente, para atender las necesidades de las familias con dificultades para pagar el alquiler, se creó un fondo social que se dividirá entre las Regiones.

El legislador también decidió mejorar aún más la construcción residencial pública, especialmente la realizada por cooperativas de construcción, también con la provisión de incentivos financieros (ver ley núm. 136 de 1999).

Sin embargo, el nuevo milenio se abrió ante la persistente cuestión de la vivienda, a la que las distintas mayorías que se sucedieron dieron respuestas diferentes.

El propio nombre de la ley núm. 21 de 2001, «Medidas para reducir las dificultades habitacionales e intervenciones para aumentar la oferta de alojamiento en alquiler», lo demuestra. Y todos los gobiernos posteriores han avanzado medidas, como la modificación de la ley de quiebras para excluir la vivienda habitual de la lista de bienes sujetos a revocación por quiebra (Decreto Legislativo núm. 5 de 2006) o los incentivos para el acceso al crédito.

Con la ley núm. 9 de 2007 («Intervenciones para la reducción de las dificultades habitacionales para determinadas categorías sociales») se estableció una suspensión de los procedimientos de liberación coactiva para determinadas categorías y la aplicación de beneficios fiscales a los propietarios de los activos arrendados. Se reconoce un papel fundamental a los Municipios, responsables de preparar un plan extraordinario trienal que será transmitido a la Región y, a través de ésta, al Ministerio competente, para remediar la situación de los sujetos identificados en la ley.

Han seguido varios planes, tal y como el «Plan Nacional de Vivienda» y el llamado «Plan de Vivienda» (2008), para superar «de manera orgánica y estructural las penurias sociales y la degradación urbana resultantes de

los fenómenos de alta tensión habitacional», con medidas para mejorar la oferta de vivienda residencial destinada a vivienda habitual, para la recuperación de inmuebles o para implementar la vivienda social para satisfacer las necesidades primarias.

Todo ello en conexión con las Regiones y las autoridades locales. A tal fin, se firmó el acuerdo entre el Estado y las Regiones, que parte de la asunción de la necesidad de hacer frente a las emergencias habitacionales vinculadas, *en primer lugar*, a las familias más necesitadas y de la obligación de acción conjunta, a la luz de la jurisprudencia constitucional que ha adscrito la planificación relativa a la vivienda social residencial a materias de competencia concurrente. Se prevén acuerdos programáticos entre el Ministerio y las Regiones y Municipios para la ejecución de intervenciones específicas y coherentes con la situación de sus territorios.

El «Plan casa» de 2014 (decreto ley núm. 47) asimismo preveía intervenciones por valor de casi dos billones de euros con tres objetivos: apoyo al alquiler a un precio acordado, ampliación de la oferta de vivienda de protección oficial, desarrollo de la construcción residencial social<sup>(12)</sup>. También durante la emergencia pandémica de COVID-19 se ha protegido la casa con una medida especial que ha suspendido los desahucios y determinados pagos<sup>(13)</sup>.

A lo largo de la última década, las Regiones han desempeñado un papel fundamental adoptando, prorrogando y financiando sus propios «planes», para promover la reutilización y recuperación de las viviendas existentes en detrimento del consumo de suelo nuevo.

### 3.3 Evolución jurisprudencial

En correspondencia a las principales innovaciones normativas en materia de vivienda, la Corte Constitucional ha ido recibiendo cuestiones de legitimidad constitucional relativas a las medidas más conflictivas. Con respecto, por ejemplo, a la citada ley núm. 392/1978, se nota la intención de preservar el «bien primario del hogar» (sentencia núm. 33/1980), tal y como la vivienda como necesidad, aún sin enfocarlo en su valor constitucional.

Con referencia a esta cuestión, los jueces ordinarios que han ido planteando las cuestiones habían sostenido que el legislador ordinario debería

---

(12) Sobre el tema, ya PACIULLO, G., *Il diritto all'abitazione nella prospettiva dell'housing sociale*, Napoli, 2008.

(13) Con problemas aplicativos, como lo subraya BIFULCO, R., «Eccesso di tutela? Perché la sospensione delle procedure immobiliari limita alcuni diritti fondamentali», *Open.luiss.it*, 2021.

haber regulado la operación en cuestión como un contrato permanente y permitir al arrendador recuperar el disfrute del bien exclusivamente en presencia de una «causa justa», ya que la vivienda sería la premisa – o requisito previo – para el disfrute de cualquier derecho fundamental de otra naturaleza. Esta última tesis es rechazada por la Corte, que no considera posible establecer prerequisites (sentencia núm. 252/1983).

Sin embargo, según la Corte, es sin duda deber de toda la comunidad impedir que las personas sean privadas de una vivienda, con lo cual es (era) admisible que el Estado interviniese en materias de competencia regional, en el respeto del interés nacional (sentencia núm. 49/1987).

Es a partir de finales de los años 80, sin embargo, que la Corte reconoce y protege la dimensión constitucional de la vivienda. En la sentencia núm. 217/1988, establece el derecho a la vivienda como una connotación de la forma constitucional de un Estado de bienestar, ya que se encuentra «entre los requisitos esenciales que caracterizan la socialidad a la que se ajusta el Estado democrático deseado por la Constitución». Por lo tanto, «crear las condiciones mínimas de un Estado de bienestar, contribuir a garantizar al mayor número posible de ciudadanos un derecho social fundamental, como es el derecho a la vivienda, contribuir a que la vida de cada persona refleje cada día y en todos los aspectos la imagen universal de la dignidad humana, son tareas a las que el Estado no puede renunciar bajo ninguna circunstancia». Y es éste un compromiso de todos los niveles territoriales, es decir, del Estado en su conjunto<sup>(14)</sup>.

En la sentencia núm. 404/1988., la Corte Constitucional sancionó el derecho a la vivienda como un derecho humano inviolable de conformidad con el artículo 2 de la Constitución y como expresión del Estado de bienestar. Asimismo, la dimensión colectiva emerge posteriormente (sentencia núm. 559/1989), ya que existe un «deber colectivo de impedir que las personas individuales, y más aún si forman parte de una unidad familiar» permanezcan sin vivienda, aún más fuerte para los órganos exponenciales de una comunidad, como Municipio. Parecido es el enfoque de la sentencia núm. 217/2021, donde la Corte ha incluido en el catálogo de derechos inviolables de la persona el derecho a la vivienda, que «está entre los requisitos esenciales que caracterizan la socialidad a la que se ajusta el Estado democrático diseñado por la Constitución».

La dimensión social se va reforzando a su vez (sentencias núm. 520/2000, o 209/2009)<sup>(15)</sup> y hay una serie de líneas jurisprudenciales relativas a las viviendas de protección oficial, como situación jurídica distinta al

(14) FERRARI, G. F., «“Diritto alla casa” e interesse nazionale», *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 1988, pp. 833 ss.

(15) SCAGLIARINI, S., «Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale», *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, 2012, pp. 1 ss.



arrendatario de una vivienda particular (la citada 419/1991), puesto que en el primer caso el objetivo es proporcionar viviendas públicas a categorías de ciudadanos menos favorecidos con alquileres inferiores a los actuales en el mercado. Más recientemente, la Corte ha intentado reducir los requisitos de acceso a estas viviendas (véase por ej. la sentencia núm. 67/2024, donde se ha declarado inconstitucional el requisito de la residencia durante cinco años a estos efectos).

## 4. EL CASO FRANCÉS

### 4.1 Fundamento constitucional

A diferencia de la Constitución italiana, que aunque no dedica un artículo específico al derecho a la vivienda sí hace alguna referencia implícita, la Constitución francesa no contiene ni siquiera una mención indirecta a dicho derecho<sup>(16)</sup>. No obstante, el reconocimiento del derecho a una vivienda digna en el orden constitucional francés ha sido posible gracias a la interpretación de algunos principios generales presentes en el Preámbulo de la Constitución de 1946.

En particular, el párrafo 10 establece que «la Nación garantiza a los individuos y a las familias las condiciones necesarias para su desarrollo». Este enunciado, aunque expresado de manera general y sin especificar los derechos que se derivan de él, consagra un compromiso del Estado para con el bienestar y el progreso social de las personas y de las familias. La noción de «desarrollo» aquí es clave, ya que implica no solo una mejora material, sino también el acceso a bienes y servicios fundamentales para una vida digna. Este enunciado, al no limitarse a enumerar derechos concretos, ha permitido una interpretación amplia que abarca diversas áreas de la vida social y económica, entre ellas, la vivienda.

El párrafo 11 del mismo Preámbulo complementa esta visión al afirmar que «toda persona tiene derecho a la protección de la salud, la seguridad, el descanso y el ocio». Este texto incluye de manera explícita

---

(16) Esta ausencia se debería a que el derecho a la vivienda, a pesar de su naturaleza económica y social, no pertenece a la segunda generación de derechos, sino a la tercera: así lo dicta el *Juris Classer Administratif*, 219-16, *Droit au Logement – Régulation des rapports juridiques*, 26 octubre 2017. Sobre la clasificación de los derechos según el criterio generacional, véase VASAK, K., *Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights*, Parigi, 1977; DOMARADZKI, S.; KHVOSTOVA, M., y PUPOVAC, D., «Karel Vasak's Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discourse, *Human Rights Review*», 2019. Más en general, para una explicación más amplia, véase PEGORARO, L., y RINELLA, A., *Sistemi costituzionali*, Torino, 2024, pp. 196 ss.

derechos que afectan la calidad de vida y el bienestar general de los ciudadanos, como el acceso a la salud y la seguridad, pero también introduce la noción de descanso y ocio, elementos que requieren un entorno vital adecuado. Aunque el derecho a la vivienda no es mencionado directamente en ninguno de estos dos párrafos, la articulación de estos principios refleja la preocupación por asegurar condiciones de vida que permitan a las personas desarrollarse plenamente y vivir en un entorno seguro y saludable<sup>(17)</sup>.

La conjunción de estos dos párrafos ha sido utilizada por el *Conseil constitutionnel*, de acuerdo con el cual, el acceso a una vivienda adecuada es una condición previa y necesaria para que los individuos y las familias puedan disfrutar de los derechos y protecciones garantizados en los párrafos 10 y 11. De esta manera, la vivienda se convierte en un factor indispensable para garantizar el «desarrollo» que el Estado promete asegurar y para facilitar la protección de otros derechos, como la salud y la seguridad.

En su Decisión relativa a la Ley sobre la lucha contra las exclusiones, el Consejo estableció que la posibilidad de que cualquier persona pueda disponer de una vivienda decente constituye un objetivo de valor constitucional y que para ello el legislador puede restringir el derecho de propiedad<sup>(18)</sup>. Este reconocimiento está alineado con la misión del legislador de asegurar condiciones de vida dignas para todos los ciudadanos, en consonancia con los principios recogidos en el Preámbulo de 1946.

Sin embargo, este reconocimiento no ha sido absoluto ni exento de limitaciones. La misma Decisión subraya que, si bien el derecho a la propiedad tiene un carácter fundamental, puede ser objeto de restricciones cuando se persigue la consecución de objetivos de interés general, como lo es garantizar el acceso a una vivienda decente para el individuo. No obstante, el *Conseil constitutionnel* también ha especificado que estas restricciones no pueden llegar al extremo de desnaturalizar el derecho de propiedad, el cual debe seguir siendo protegido. En otras palabras, el derecho a la propiedad, aunque no es ilimitado, conserva su núcleo esencial y cualquier limitación debe ser proporcional y justificada por la necesidad de salvaguardar otros derechos o principios de valor constitucional, como el acceso a una vivienda digna.

---

(17) Sobre el derecho a la vivienda como necesidad esencial de la persona y condición previa para el disfrute de otros derechos fundamentales, véase OLIVITO, E., *Il diritto costituzionale all'abitare. Spinte proprietarie, strumenti della rendita e trasformazioni sociali*, Napoli, 2017.

(18) *Conseil constitutionnel, Décision núm. 98-403 DC du 29 juillet 1998*, sobre la cual véase GUISELIN, E. «L'accès à un logement décent et le droit de propriété: ni vainqueur, vaincu», *Les Petites Affiches*, 51, 2000, pp. 6 ss.

## 4.2 Evolución legislativa

La primera referencia legislativa al derecho a la vivienda en Francia se encuentra en la Ley núm. 85-526 del 22 de junio de 1982 (*Ley Quillot*), que lo define como un derecho fundamental. Sin embargo, esta definición ha resultado insuficiente, ya que se limitaba a regular las relaciones de arrendamiento y no abordaba otros aspectos más amplios del problema habitacional. Posteriormente, el 6 de julio de 1989, se promulgó la *Ley Mermaz-Malandin*, que mantuvo el reconocimiento del derecho a la vivienda como derecho fundamental. No obstante, lo que cambia entre ambas leyes es la terminología: mientras la *Ley Quillot* se refería al «derecho a la vivienda», la nueva norma hablaba de «derecho a un alojamiento». Esta definición está vinculada a cuatro categorías principales de derechos: el derecho a la duración y la estabilidad, el derecho al confort, el derecho a la moderación, y la uniformidad en los derechos y deberes de los inquilinos.

Durante la década de los 90, la legislación ha comenzado a centrarse en los aspectos sociales y financieros del derecho a la vivienda, superando el marco exclusivo de las relaciones de arrendamiento. En este contexto, la *Ley Besson* de 1990 ha sido un hito al establecer, por primera vez, una conexión explícita entre el derecho a la vivienda y las políticas públicas de vivienda social y asistencia. Además, la *Ley Besson* ha ampliado la categoría de beneficiarios, incluyendo a aquellas personas que enfrentaban dificultades para acceder y mantener una vivienda adecuada. También introdujo un marco de referencia novedoso, implicando a las autoridades locales en el nivel departamental y permitiendo la ejecución de planes contractuales en colaboración con propietarios públicos y privados, representantes del Estado y organizaciones no gubernamentales.

El derecho a la vivienda se ha reforzado aún más con la Ley núm. 98-657 del 29 de julio de 1998, relativa a la lucha contra la exclusión. Un aspecto clave en la evolución legislativa ha sido la cuestión de la ejecutabilidad del derecho a la vivienda.

La Ley sobre Solidaridad y Renovación Urbana de 2000 ha otorgado más poderes a las autoridades locales, promovido la intercomunalidad y reconocido a los organismos de vivienda social (*habitation à loyer modéré*) como servicios de interés general, estableciendo compromisos específicos para la construcción de viviendas sociales, siguiendo la línea de la Ley de Orientación para la Ciudad de 1991.

Un avance crucial en la protección del derecho a la vivienda se produjo con la Ley DALO de 2007. Esta ley, impulsada por la movilización de la asociación *Les Enfants de Don Quichotte*, reconoce el derecho de toda persona que resida en Francia de forma estable y regular, que no pueda



acceder o mantener una vivienda por sus propios medios, a una vivienda decente y autónoma.

A diferencia de la legislación previa, la Ley DALO ha transformado el derecho a la vivienda de una obligación de medios a una obligación de resultado, convirtiendo al Estado en el garante de este derecho. Se establecieron dos vías de recurso para los solicitantes que vieran vulnerado su derecho: el *recours amiable* (mediación) ante una comisión de mediación departamental, que puede solicitar al prefecto que proporcione una vivienda en casos urgentes; y el *recours contentieux* (recurso contencioso) ante el Tribunal Administrativo, en caso de que la comisión no respalde la solicitud o el Estado no provea un alojamiento.

A pesar de los avances, la implementación de la Ley DALO ha enfrentado dificultades. En grandes ciudades como París, Lyon y Marsella, donde la demanda de viviendas es significativamente más alta, el programa de vivienda ha sido limitado y no ha garantizado una protección efectiva del derecho<sup>(19)</sup>. Para abordar estos problemas, se ha promulgado la Ley núm. 2014-366 del 24 de marzo de 2014, que introdujo medidas para mejorar la DALO, como la provisión de viviendas sociales mediante contratos de arrendamiento flexibles (*bail glissant*), facilitando así la transición de familias vulnerables de inquilinos a arrendatarios. La Ley de Igualdad y Ciudadanía de 2017 reiteró la obligación de los municipios de reservar un cuarto de las viviendas sociales para los beneficiarios de la DALO, aunque la implementación de esta medida ha sido irregular en muchas localidades.

Así pues, a pesar de la evolución legislativa, muchos estudiosos señalan que el derecho a la vivienda en Francia se traduce en un mero programa estatal de acceso a lo alojamiento, entre otras cosas con escasos resultados, y no en la consagración de un derecho a la vivienda<sup>(20)</sup>.

#### 4.3 Evolución jurisprudencial

En el desarrollo del derecho a la vivienda, el *Conseil constitutionnel* ha desempeñado un papel fundamental, contribuyendo a consolidar su protección en el marco de las políticas sociales en Francia.

(19) Sobre este punto, cf. *ex aliis* DUTREY, R., «Bilan du DALO: efficacité et limites du dispositif», *Après-damin*, 33/NF, 1/2015; LEVY-VROELANT, C., «The Right to Housing in France: Still a Long Way to Go from Intention to Implementation», *Journal of Law and Social Policy*, 24, 2015, p. 11. Véanse a continuación los datos en République française, Direction de l'information légale et administrative, disponible en <https://www.vie-publique.fr/politiques-publiques/logement-social/droit-logement-opposable/>.

(20) Cf., *ex multis*, BROUANT, J. P., *Un droit au logement ... variablement opposable*, ADJA, 2008. Véase a continuación los datos INSEE, «Enquête auprès des sans-domicile», disponible en <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/sources/serie/s1002> que registran a más de doscientas mil personas sin hogar.

Para empezar, la jurisprudencia del *Conseil constitutionnel* ha trabajado para equilibrar dos aspectos fundamentales en la protección del derecho a la vivienda en Francia. Por un lado, el Consejo ha reconocido que el acceso a una vivienda digna no es solo una necesidad social, sino un objetivo de valor constitucional que el Estado debe promover activamente, con base en el Preámbulo de la Constitución de 1946. Sin embargo, a la vez, la protección de la propiedad privada sigue siendo un principio fundamental, y cualquier intervención estatal que limite el derecho de propiedad debe ser proporcional y justificada.

A lo largo de los años, entonces, el Consejo ha subrayado que las políticas habitacionales no deben limitarse a situaciones de emergencia, sino que deben concebirse como un pilar estructural para la cohesión social. Este enfoque ha sido clave en varias decisiones jurisprudenciales en las que se ha puesto de relieve la función del Estado en garantizar un acceso equitativo y continuo a una vivienda digna, sobre todo para las personas más vulnerables<sup>(21)</sup>.

Entre los años 2010 y 2020, el Consejo ha emitido varias sentencias que han ampliado el alcance del derecho a la vivienda, expandiendo su protección especialmente para categorías vulnerables como los refugiados, las personas sin hogar y las familias de bajos ingresos. Durante este periodo, se ha reafirmado que el derecho a una vivienda adecuada tiene valor constitucional, subrayando que las políticas estatales deben priorizar a quienes se encuentran en situaciones de mayor precariedad, incluidos inmigrantes y refugiados. Además, se ha puesto un énfasis particular en la protección de las familias de bajos ingresos frente a los desalojos, estableciendo que no pueden realizarse sin ofrecer una alternativa de alojamiento adecuada, especialmente para quienes dependen del apoyo público.

Asimismo, se ha insistido en que las políticas de vivienda deben garantizar una distribución equilibrada de los recursos habitacionales en las regiones más afectadas por la crisis de vivienda, como las grandes ciudades. En este contexto, el acceso a la vivienda ha sido planteado como un asunto clave de cohesión social, más allá de ser una mera respuesta a situaciones de crisis o emergencia.

Es importante destacar que los principios del derecho europeo, así como las disposiciones del CEDH, han jugado un papel determinante en la evolución de la jurisprudencia francesa sobre el derecho a la vivienda. Estas interpretaciones han influido significativamente en las sentencias del *Conseil constitutionnel*, que ha incorporado estos principios en su

---

(21) Véase, por ejemplo *CA París*, 14e ch., 17 sep. 1993, *Sylla Diabe c/Mayor Ville Paris et a.*

propia doctrina para garantizar una protección más robusta del derecho a la vivienda en Francia.

Por ejemplo, la influencia del TEDH se observa en la sentencia *Winterstein y otros c. Francia* de 2013, en la que el Tribunal ha condenado a Francia por no proporcionar alternativas adecuadas antes de proceder con desalojos de comunidades nómadas, violando así el artículo 8 del CEDH. Este fallo subraya la obligación del Estado de garantizar que las personas en situaciones vulnerables no sean privadas de su hogar sin un apoyo y alojamiento alternativo adecuados. Entonces, se puede decir que la jurisprudencia del *Conseil constitutionnel* ha seguido una tendencia cada vez más incluyente y protectora, alineándose con las directrices europeas y las resoluciones del TEDH, y consolidando el derecho a una vivienda adecuada como un componente esencial de las políticas de bienestar social en Francia, confirmando el éxito de la armonización europea a través de los Tribunales, tanto más cuando están en juego derechos sociales.

## 5. BREVES CONCLUSIONES

El tema que nos ocupa es sintomático de las tendencias y las contradicciones del constitucionalismo europeo: por un lado, la cada vez mayor interdependencia de los Estados europeos; por el otro, el mantenimiento de identidades y valores constitucionales parcialmente distintos. Dentro de este marco se sitúa asimismo la escasa vocación social de la integración supranacional, que solo a lo largo del tiempo y con las transformaciones «constitucionales» de la UE ha empezado a afirmarse.

Los casos analizados demuestran además aquella necesaria participación de todos los formantes en la construcción del derecho a la vivienda. Tanto en Italia como en Francia, ambos Estados sociales con cartas de derechos amplias (aunque en la segunda la vivienda no se mencione en el texto), el desarrollo de las políticas habitacionales se ha visto determinada tanto por medidas normativas como por sentencias de las jurisdicciones ordinarias y constitucionales, además de haber sido objeto de estudios doctrinales difusos.

Por ello, se confirma que se trata de un terreno resbaladizo, donde se dan avances, retrocesos, cambios radicales según la orientación de las mayorías gobernantes, siempre bajo la vigilancia del poder judicial, especialmente en los tiempos de crisis económicas que han caracterizado las últimas dos décadas.



## BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., «Il Forum. Verso un futuro (più) sociale dell'Europa?», *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2021.
- AMATO, G., «Tra Stato sociale e dimensione europea», *Rivista AIC*, 13 maggio 2009.
- «*La Convenzione sul futuro dell'Europa e la Carta di Nizza*», *Quaderni costituzionali*, 3, 2020.
- BARONCELLI, S., «Articolo 47», en Bifulco, R., Celotto, A., Olivetti, M. (coord.), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, pp. 945 ss.
- BIFULCO, R., «Eccesso di tutela? Perché la sospensione delle procedure immobiliari limita alcuni diritti fondamentali», *Open.luiss.it*, 2021.
- BILANCIA, F., «Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione», *Istituzioni del federalismo*, 3, 2010.
- BRECCIA, U., *Il diritto dell'abitazione*, Milano, 1980.
- BROUANT, J. P., «Un droit au logement ... variablement opposable», *ADJA*, 2008.
- CIOCIA, M., *Il diritto all'abitazione tra interessi privati e valori costituzionali*, Napoli, 2009.
- CIVITARESE MATTEUCCI, S., «L'evoluzione della politica della casa in Italia», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, I, 2010.
- DE CABO MARTÍN, C., «Constitucionalismo del Estado social y Unión europea en contexto globalizador», in *RDCE*, 11, 2009.
- DUTREY, R., «Bilander DALO: efficacité et limites du dispositif», *Après-demain*, 33/NF, 1/2015.
- FERRARI, G. F., «“Diritto alla casa” e interesse nazionale», *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 1988.
- GIORGIS, A., «Il diritto costituzionale all'abitazione», *Questione Giustizia*, 2007.
- GIUBBONI, S., *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012.
- «Appunti e disappunti sul Pilastro europeo dei diritti sociali», *Quaderni costituzionali*, 4, 2017.
- GUISELLIN, E., «L'accès à un logement décent et le droit de propriété: nivainqueur, nivaincu», *Les Petites Affiches*, 51, 2000.
- LEVY-VROELANT, C., «The Right to Housing in France: Still a Long Way to Go from Intention to Implementation», *Journal of Law and Social Policy*, 24, 2015.
- MACHO CARRO, A., *Tutela multinivel del derecho a la vivienda. Posibilidades y límites en el ordenamiento español*, Madrid, 2024.
- MERUSI, F., «Artículo 47», en Branca G. (coord.), *Commentario della Costituzione*, III, Bologna-Roma, 1980.
- OLIVITO, E., *Il diritto costituzionale all'abitare. Spinte proprietarie, strumenti della rendita e trasformazioni sociali*, Napoli, 2017.
- PACIULLO, G., *Il diritto all'abitazione nella prospettiva dell'housing sociale*, Napoli, 2008.
- PEGORARO, L., y RINELLA, A., *Sistemi costituzionali*, Torino, 2024.
- RAGONE, S., «European Comparative law: Reasons for “Enhanced Comparison” and Role of the CJEU», *Revista de Derecho Político*, 112, 2021.



SALERNO, G., «Artículo 47», en Crisafulli, V., Paladin, L. (coord.), *Commentario breve della Costituzione*, Padova, 1990.

SCAGLIARINI, S., «Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale», *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, 2012.



## C. La tutela del derecho a una vivienda digna en el Derecho y en la jurisprudencia de la Unión Europea\*

José María Fernández Seijo  
Magistrado

**Resumen:** *El objeto de este capítulo es analizar qué vías ofrece la jurisdicción civil para garantizar el derecho a una vivienda digna. Debe advertirse que en el ámbito civil la protección del derecho a la propiedad prevalece frente a otros derechos y eso determina que en muchas ocasiones se favorece el propietario, aunque no necesite la vivienda, y pueda dejar en situación de desamparo al ocupante, que no puede acceder a ayudas o a servicios públicos para encontrar una alternativa. Procedimientos de desahucio de vivienda por falta de pagos del alquiler, procedimientos de precario, ejecuciones hipotecarias... En la jurisdicción civil se dirimen muchos conflictos en los que única de las partes corre el riesgo de perder la vivienda. Frente a esa situación de riesgo hay pocos instrumentos legales que permitan al*

---

\* Este trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR) de la Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00. Investigadora principal: Matilde Cuenca Casas.

*tribunal garantizar el derecho a una vivienda digna frente a la protección de la propiedad privada.*

**Abstract:** *The purpose of this chapter is to analyze what ways that civil jurisdiction offers to guarantee the right to decent housing. It should be noted that in the civil sphere the protection of the right to property prevails over other rights and this means that on many occasions the owner is favored even if he does not need the dwelling, and may leave the occupant in a situation of helplessness, who cannot access aid or public services to find an alternative. Housing eviction proceedings for non-payment of rent, precariousness proceedings, foreclosures... In the civil jurisdiction many conflicts are settled in which only one of the parties runs the risk of losing the home. Faced with this risk situation, there are few legal instruments that allow the court to guarantee the right to decent housing as opposed to the protection of private property.*

**Palabras clave:** *Derecho a una vivienda digna. Jurisdicción civil. Protección jurisdiccional. Consumidores. Unión Europea.*

**Keywords:** *Right to adequate housing. Civil jurisdiction. Jurisdictional protection. Consumers. European Union.*

**Sumario:** 1. Punto de partida. 2. Las vías civiles de acceso a la vivienda. 3. Las debilidades de la jurisdicción civil. 4. Los correctivos a esas debilidades. 5. Vías para la mejora del rango constitucional del derecho a una vivienda digna. 6. El derecho a una vivienda digna y la imposibilidad de acceder a la misma por encontrarse el deudor en situación de insolvencia. 7. Advertencia final.

## 1. PUNTO DE PARTIDA

Es inevitable acudir a «lugares comunes» para establecer una reflexión sobre el modo en el que se protege el derecho a una vivienda digna en la jurisdicción civil.

El primero de esos «lugares comunes» es la propia naturaleza de ese derecho ya que la constitución lo sitúa en el capítulo dedicado a los principios rectores de la política social y económica en vez de en el capítulo de los derechos y libertades. Ese problema de rango constitucional determina que el derecho a una vivienda digna no pueda ser directamente efectivo en un litigio, ya que necesita de un desarrollo normativo que ni siquiera debe



ser de carácter orgánico en el que se han introducido todo tipo de matices a la efectividad de ese derecho.

El Tribunal Constitucional ha recordado recientemente el alcance de este derecho: «la vivienda, cuya protección se configura como un principio rector de la política social y económica en el artículo 47 CE, constituye, especialmente en el caso de la vivienda habitacional, el soporte y marco imprescindible para el ejercicio de varios derechos fundamentales estrechamente vinculados con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Entre ellos se encuentran señaladamente los derechos a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE); derechos estos que son equiparables a los reconocidos en el artículo 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6), con los efectos interpretativos que de ello derivan ex artículo 10.2 CE (por todas, STC 36/1984, de 14 de marzo, FJ 3). La conexión entre vivienda y vida privada y familiar ha sido puesta de manifiesto, por lo demás, tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, *Monika Kušionová c. Smart Capital, a.s.*, § 65) como por el Tribunal Europeo Derechos Humanos (por todas, STEDH de 24 de abril de 2012, *Yordanova y otros c. Bulgaria*, § 102 a 105).»<sup>(1)</sup>

El segundo de los «lugares comunes» se refiere a la identificación de ante quien debe invocarse el derecho a una vivienda digna dado que corresponde a los poderes públicos garantizar dicho derecho, lo que ha llevado a un conflicto permanente entre el Estado, las comunidades autónomas y los municipios en cuanto a la determinación de las competencias para el desarrollo normativo del mismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de marzo de 2022 (ya reseñada) es un claro ejemplo de las tensiones entre poderes públicos de distinta naturaleza para determinar a

---

(1) Sentencia 37/2022, de 10 de marzo de 2022 (ECLI: ES: TC:2022:37), en la que se resuelve el Recurso de inconstitucionalidad 6289-2020. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso respecto de diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda. Competencias sobre vivienda, condiciones básicas de igualdad, legislación civil y procesal y régimen jurídico de las administraciones públicas; derecho de propiedad y principios de dignidad humana, seguridad jurídica y tipicidad: nulidad de los preceptos que definen el objeto y ámbito de aplicación de la ley autonómica, establecen un régimen de contención y moderación de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y las consecuencias sancionadoras de su incumplimiento, habilitan para la aplicación de porcentajes correctores y exclusión de viviendas en áreas con mercado de vivienda tenso, definen el régimen transitorio en estas mismas áreas, introducen un mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos e imponen el juicio verbal como cauce procesal obligado.

quién le corresponde la competencia sobre esas garantías en la medida en la que se considera que, como derecho de naturaleza eminentemente social, su protección deben asumirla las comunidades autónomas, incluso los municipios, y, sin embargo, las cuestiones que afectan al funcionamiento del mercado, como sucede con los precios del alquiler o la protección de la propiedad privada, es competencia exclusiva del Estado. Se da la paradoja de que los lugares donde se detectan mayores disfunciones en la garantía de una vivienda digna son los grandes núcleos urbanos y, pese a ello, las ciudades apenas disponen de instrumentos legales para proteger el derecho de modo efectivo.

El tercero de esos «lugares comunes» afecta a la propia naturaleza de la jurisdicción civil en la que se ventilan intereses privados, lo que determina que el tribunal haya de situarse en una posición equidistante, limitar su intervención, garantizar la igualdad de armas y el carácter dispositivo del derecho, lo que determina una gestión de los conflictos que por su ADN se neutralizan las posibles facultades de intervención judicial. Incluso puede afirmarse que la balanza termina por inclinarse más hacia la protección de la propiedad frente a la vivienda digna dado que el juego de ubicaciones generado por la Constitución coloca el derecho a la propiedad privada en un rango superior al del derecho a la vivienda digna. Las particularidades de la jurisdicción civil complican la posibilidad de una justicia sensible a las reivindicaciones de la parte socialmente más débil y, en último término, la mayor parte de las resoluciones judiciales dictadas en conflictos en los que entra en juego la tutela del derecho a una vivienda digna se recuerda que debe ser la administración pública y no un particular en concreto quien deba soportar la carga de garantizar el derecho a personas en riesgo de exclusión social.

## 2. LAS VÍAS CIVILES DE ACCESO A LA VIVIENDA

El reconocimiento constitucional del derecho a una vivienda digna no concreta el modo en el que debería garantizarse el cumplimiento de ese derecho. Es cierto que se afirma que los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. Pero ese compromiso público no deja de ser un «*brindis el sol*».

Cuando en el año 1978 se promulga la constitución todavía estaba en vigor la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, una norma aprobada durante la dictadura, pero con clara vocación social ya que establecía un



sistema de prórrogas forzosas favorable al inquilino, la posibilidad de extender el derecho de arriendo a dos generaciones sucesivas por medio de la subrogación, así como un sistema de control en la subida de las rentas. Por lo tanto, en la puesta en marcha de la transición podía afirmarse que el arrendamiento era el camino abierto por el Estado para garantizar el derecho a la vivienda. En este punto, el modelo español era muy similar al francés y al alemán que favorecían arrendamientos estables con rentas de alquiler también estables en las grandes ciudades.

Sin embargo, los sucesivos gobiernos no tardaron en dinamitar la normativa de arrendamientos, primero con el llamado Decreto Boyer, de 1985, destinado a liberalizar el mercado arrendaticio restringiendo las prórrogas y subrogaciones, después con la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, que reconfigura el contrato de arrendamiento tanto de viviendas como de locales, introduciendo disposiciones que trasladan a los arrendadores el control casi absoluto del alquiler, su duración y su precio. El plazo de duración de 5 años encaja mal con la necesidad de estabilidad en el uso de la vivienda para poder tener una vida digna.

En paralelo al desmontaje de la normativa arrendaticia, se activa una agresiva política legislativa y fiscal destinada a facilitar el acceso a la propiedad de las viviendas a un abanico muy amplio de personas: se amplían los plazos de concesión de los préstamos hipotecarios, pasando de una duración media de 15 años a una duración estandarizada de 40 años, se permite que el comprador de la vivienda pueda ofrecer la propia vivienda en garantía para que se formalice el préstamo, se impone un sistema de intereses remuneratorios variable que permite cuotas mensuales reducidas, se introducen incentivos fiscales al ser desgravables en el impuesto sobre la renta los pagos hechos para la compra de una primera vivienda, se permite tasar los pisos por encima de sus valores reales de mercados, aceptando como valor la expectativa de incremento de ese valor a corto o medio plazo...

Todas estas medidas, unidas a reformas legales que liberalizaron grandes superficies de suelo que pasó a ser urbanizable, hacen que a finales del siglo xx hubiera un cambio radical en las políticas de acceso a la vivienda. Se reduce sensiblemente el número de arrendatarios y se incrementa exponencialmente el número de propietarios. Esa subida del número de propietarios puede considerarse un espejismo ya que, en realidad, se trata de propietarios sobreendeudados que tendrán que destinar un porcentaje muy elevado de sus ingresos (un 40 % de los mismos) al pago de hipotecas durante toda la vida productiva del comprador. Es cierto que este sistema funciona también como un instrumento de ahorro, vinculado al incremento de valor de la vivienda. Pero las políticas aplicadas para este cambio de modelo dieron lugar a malas prácticas en la concesión de préstamos

hipotecarios. En el año 2008 el sistema saltó por los aires, los bancos dejaron de prestar dinero para comprar viviendas, se habían encadenado años con altos tipos de interés que dieron lugar a cuotas hipotecarias muy elevadas, los préstamos concedidos incluían cláusulas que, a la postre, resultaron agresivas, cayó en picado el valor del suelo y de la vivienda, muchos compradores perdieron su empleo... Una tormenta perfecta que dio lugar a un aumento alarmante de los procedimientos de ejecución hipotecaria, lo que evidenció que muchas familias que pensaban que ya disponían de una vivienda digna se encontraron desahuciados.

Es en ese momento cuando la presión de los grupos sociales, de las plataformas de afectados por los préstamos abusivos, obliga al Estado a preocuparse de nuevo del derecho a la vivienda digna, un derecho que desde 1978 hasta 2008 había estado en segundo plano. La situación económica complicaba mucho reactivar las políticas públicas de vivienda, la vivienda pública de alquiler no llegaba al 2 % de la demanda de alquiler, mientras el resto de países de la Unión Europea tenían un parque público de alquiler superior al 8 % <sup>(2)</sup>. Ni el Estado ni las Comunidades Autónomas tenían capacidad para construir vivienda de protección oficial para la venta, donde además no podían competir con los promotores privados.

El problema se agrava como consecuencia del mapa autonómico ya que se habían transferido las políticas de vivienda a las comunidades autónomas, lo que determina que deban convivir 17 modelos de políticas de vivienda, con sus disfunciones y conflictos.

Fruto de la improvisación en materia de vivienda, en la actualidad no se ha definido un modelo viable que garantice el derecho a la vivienda. Es cierto que se han impulsado reformas para controlar los precios de los alquileres, sobre todo en algunas grandes ciudades en los que se definen «escenarios tensionados» que hacen que los precios de los alquileres estén muy por encima de la capacidad económica del arrendatario medio (basta comparar el precio medio de alquiler en algunas ciudades con el sueldo medio en esas mismas localidades para complicar lo complicado que es vivir de alquiler en algunas poblaciones).

El número de procedimientos de ejecución hipotecaria sigue siendo alto, pese a las moratorias adoptadas como consecuencia del COVID-19, lo que evidencia que muchas familias siguen sin poder pagar los pisos comprados.

Muchos fondos de inversión han aprovechado las circunstancias del mercado para hacerse con gran parte de los bloques de vivienda que se adjudicaron los bancos entre 2008 y 2013. Esos grandes tenedores

---

(2) La fuente es el Boletín Especial de Vivienda Social publicado por el Mitma en septiembre de 2020 (actual Ministerio de Transporte, Movilidad y Agenda Urbana).

gestionan sus propiedades con parámetros en los que tienen difícil cabida opciones sociales. Los fondos son opacos en su gestión, no es fácil identificar quien toma decisiones en esos fondos ya que es habitual que se compren o vendan incluso fuera del territorio español, sin que los ocupantes puedan ejercitar derechos de tanteo o retracto que les permitan adquirir las viviendas y volverlas a valorar a partir de esos precios de transferencia que en muchas ocasiones se corresponden solo con un 20 % ó 30 % del valor de adquisición.

En un escenario tan confuso, casi todos los conflictos que afectan a la propiedad de las vivienda y al derecho a una vivienda digna terminan dirimiéndose ante la jurisdicción civil, que es la competente para los juicios de desahucio por falta de pago de las rentas de alquiler, las ejecuciones hipotecarias, las resoluciones de contratos de uso o habitación, incluso el fenómeno de la ocupación de inmuebles termina resolviéndose ante la justicia civil por medio de las acciones de precario y los interdictos. Solo quedan fuera de la competencia de los juzgados civiles los procedimientos que afectan a vivienda pública y aquellas situaciones más graves de ocupación, que se denuncian ante la justicia penal.

### 3. LAS DEBILIDADES DE LA JURISDICCIÓN CIVIL

La naturaleza de la jurisdicción civil determina que los conflictos que afectan a la protección del derecho a una vivienda digna nazcan de un enfrentamiento entre particulares, normalmente en el marco de una reclamación por el incumplimiento de obligaciones económicas (falta de pago de alquileres o de cuotas hipotecarias), pero también por medio de procedimientos específicos para la protección del derecho del propietario (acciones posesorias).

Tradicionalmente el derecho a la propiedad privada ha justificado y sigue justificando que, para su protección, las normas procesales habiliten procedimientos especiales, procedimientos sumarios, en los que permite al propietario la pronta recuperación de la posesión. Así se observa en las acciones de desahucio, en el precario o en el interdicto para recuperar la posesión, donde las sucesivas reformas procesales han fortalecido los mecanismos de protección del propietario limitando los medios de defensa de los demandados, estableciendo fechas de lanzamiento en los decretos de admisión de la demanda, impidiendo la introducción de correctivos sociales en las medidas de ejecución...

Todos estos instrumentos evidencian la débil protección del derecho a una vivienda digna en los tribunales civiles ya que el derecho a la propiedad

o el régimen ordinario de las obligaciones y contratos reciben una tutela más intensa. El ocupante de una vivienda no puede amparar sus incumplimientos en una situación de riesgo de exclusión social, ni puede paralizar el lanzamiento amparándose en el derecho a gozar de una vivienda digna, aunque el propietario del inmueble no vaya a usar la vivienda que recupera.

#### 4. LOS CORRECTIVOS A ESAS DEBILIDADES

Sin necesidad de entrar en el «*desiderátum*» de las medidas legislativas que podrían adoptarse para garantizar el derecho a una vivienda digna, lo cierto es que en la jurisdicción civil, por influjo principalmente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), se han ido introduciendo una serie de correctivos o ajustes que han permitido a los tribunales civiles desplegar criterios de interpretación que han limitado las situaciones de abuso.

La mayor parte de resoluciones del TJUE se han dictado en el desarrollo de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, es decir, en el marco de una normativa que no hace referencia específica al derecho a la vivienda, pero que aborda contratos que pueden servir para el acceso a una vivienda digna (contratos de arrendamiento y contratos de préstamo con garantía hipotecaria).

Desde la Sentencia de 27 de junio de 2000 (ECLI: EU: C:2000:346) se habilita al órgano jurisdiccional para proteger de oficio al consumidor. Es constante la jurisprudencia que considera que el consumidor es «*la parte más débil*» del contrato<sup>(3)</sup>.

La protección de oficio al consumidor se debe articular en todo tipo de procedimientos, incluidos los llamados procedimientos sumarios y los de ejecución, estableciéndose que la intensidad de esa protección ha de permitir al tribunal que conoce del asunto suspender la posible ejecución o lanzamiento de la vivienda si todavía no se han podido depurar las cláusulas abusivas que fueran determinantes para la ejecución<sup>(4)</sup>.

---

(3) Sirva como referencia la Sentencia de 21 de marzo de 2019 (ECLI: EU: C:2019:232), en la que se reseña jurisprudencia anterior: «el objetivo de dicha Directiva consistente en proteger al consumidor como parte más débil del contrato celebrado con un profesional y en restablecer el equilibrio entre las partes (véase, en este sentido, la sentencia de 31 de mayo de 2018, *Sziber*, C-483/16, EU: C:2018:367, apartado 32)».

(4) Así se deriva de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (ECLI: EU: C:2013:164), en el que se concluye que «procede declarar que un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte



Resulta especialmente interesante la Sentencia de 30 de mayo de 2013 (ECLI: EU: C:2013:341) porque se refiere a la inclusión de cláusulas abusivas en un contrato de arrendamiento. En el supuesto de hecho que origina la cuestión el arrendatario tenía la consideración de consumidor, el arrendador era también un particular, pero el Tribunal considera que al utilizar el arrendador un formulario o modelo de contrato utilizado por grandes arrendadores y propuesto por las cámaras de la propiedad urbana, dicho contrato debía considerarse como un contrato de adhesión y, pese a ser particulares los contratantes, reconocer el sistema de tutela de oficio al arrendatario consumidor.

Partiendo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo cierto es que los tribunales españoles disponen de nuevos instrumentos que rompen con el principio dispositivo y con la neutralidad del tribunal, pero estos mecanismos deben considerarse insuficientes para la protección del derecho a una vivienda digna por dos razones: 1) Porque no son específicos para cuestiones referidas a la protección jurisdiccional del derecho a una vivienda digna. 2) Porque el legislador español no ha terminado de incorporar los criterios derivados de la jurisprudencia del TJUE, lo que determina que en muchas ocasiones los criterios judiciales no sean homogéneos, obligando al planteamiento de múltiples cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Luxemburgo.

## 5. VÍAS PARA LA MEJORA DEL RANGO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA

Como ya se ha indicado, en la Constitución Española no puede hablarse en puridad del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, o, por lo menos, la constitucionalización de ese derecho puede considerarse de baja intensidad en la medida en la que no se integra dentro de los derechos fundamentales y libertades públicas (Sección 1.<sup>a</sup>, del Capítulo segundo del Título I), sino en los llamados principios rectores de la política social y económica, lo que determina que los ciudadanos no puedan recabar una tutela directa de los mismos ante los tribunales ordinarios ya que quedan sometidos al régimen previsto en el artículo 53.3 de la CE, convirtiéndose en meras normas inspiradoras o programáticas que deben informar la legislación positiva, pero que solo

---

medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2007, *Unibet*, C-432/05, *Rec. p. I-2271*, apartado 77)».

podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Si se tiene en cuenta que el artículo 148.1 de la CE atribuye a las comunidades autónomas la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, se comprende que no haya una norma estatal en la que se desarrolle el derecho a una vivienda digna, sino que haya que acudir al desarrollo que de este derecho haya podido hacer cada una de las comunidades<sup>(5)</sup>.

Este marco constitucional limita, en principio, las posibilidades de adoptar en los procesos judiciales medidas provisionales o definitivas amparadas en un pretendido derecho fundamental a una vivienda digna y mucho menos a permitir la actuación de oficio por parte de los tribunales para la tutela de los particulares que se ven en riesgo de perder la vivienda que tienen en régimen de propiedad, de alquiler o de mera ocupación.

Cuando la protección del derecho a una vivienda digna se plantea en el marco del derecho de la Unión Europea las expectativas varían, la construcción que de este derecho hace la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) permite introducir una nueva perspectiva, mucho más ambiciosa.

El informe de la Abogada General al asunto C-415/11 (ECLI: EU: C:2012:700) hace referencia a nuevos parámetros para ponderar el grado de protección que debe amparar a un particular, a un consumidor, cuando en un procedimiento judicial se ve en riesgo de perder la vivienda habitual. Así, en el ordinal 52 de las conclusiones de la Abogada General se afirma que «especialmente cuando el bien inmueble gravado con la hipoteca es la vivienda del deudor, difícilmente es apropiada la sola reclamación de indemnización por daños y perjuicios para garantizar eficazmente los derechos reconocidos al consumidor en la Directiva 93/13. No constituye una protección efectiva contra las cláusulas abusivas del contrato el hecho de que el consumidor, a raíz de dichas cláusulas, deba soportar indefenso la ejecución de la hipoteca con la consiguiente subasta forzosa de su vivienda y la pérdida de la propiedad y el desalojo subsiguientes, y que solo con posterioridad esté legitimado para ejercitar la acción de daños y perjuicios».

---

(5) Acudiendo a las publicaciones del *Boletín Oficial del Estado*, resulta curioso comprobar que se las normas sobre vivienda se han compendiado en el llamado Código de la Vivienda del Estado (file:///D:/05396364N/Downloads/BOE-127\_Codigo\_de\_la\_Vivienda\_del\_Estado%20(1).pdf) que, en realidad, no hace sino agrupar normas sectoriales que regulan distintos aspectos de la regulación civil y administrativa del régimen de la vivienda partiendo de la Ley de Propiedad Horizontal y la de Arrendamientos Urbanos, sin que exista un único cuerpo legal sobre esta material.

La página web del *Boletín Oficial del Estado* permite acceder a las distintas normas de distinto rango aprobadas por las comunidades autónomas que afectan directa o indirectamente al derecho a la vivienda ([https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/index.php?tipo=C#Vivienda](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/index.php?tipo=C#Vivienda)). En la exposición de motivos de la mayor parte de ellas se hace referencia a la trascendencia social que tiene el derecho a la vivienda, pero no se desarrolla como un verdadero derecho fundamental.

Estas conclusiones son especialmente trascendentes ya que permitieron introducir factores o correctores en la ecuación destinada a valorar la protección de los particulares en procedimientos judiciales en los que podía ponerse en riesgo el derecho fundamental a una vivienda digna, esos factores tienen que ver con la necesidad de considerar que el particular pasa a ser consumidor y que la pretendida libertad de pactos queda mediatizada por la interdicción de las cláusulas abusivas cuando se acude a fórmulas de contratación que se someten a condiciones generales.

Esas consideraciones se trasladan a la Sentencia que dicta el TJUE el 14 de marzo de 2013 (ECLI: EU: C:2013:164) cuando se afirma en los ordinales 60 y 61 que permitir al consumidor acudir a un procedimiento declarativo en el que pueda aspirar a una indemnización de daños y perjuicios por la inclusión de cláusulas abusivas en un préstamo hipotecario «resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula», para concluir que «así ocurre con mayor razón cuando, como en el litigio principal, el bien que constituye el objeto de la garantía hipotecaria es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, puesto que el mencionado mecanismo de protección de los consumidores, limitado al pago de una indemnización por daños y perjuicios, no es adecuado para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda». Por lo tanto, en aquellos procedimientos judiciales en los que un consumidor corre el riesgo de perder su vivienda habitual como consecuencia, directa o indirecta, de la introducción de cláusulas abusivas en la relación jurídica que da origen a ese procedimiento, se dota a los tribunales de mecanismos más intensos de protección.

Si se conectan estas consideraciones al régimen de protección de oficio al consumidor derivado de la constante jurisprudencia del TJUE desde la Sentencia de 27 de junio de 2000 (ECLI: EU: C:2000:346), las perspectivas varían sustancialmente.

El TJUE no se contenta con advertir que es necesaria una protección más intensa al consumidor que se ve en riesgo de perder su vivienda habitual. En el asunto C-34/13 se produce un cambio cualitativo. La Sentencia de 10 de septiembre de 2013 (ECLI: EU: C:2014:2189) da el rango de derechos fundamentales, conforme a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (proclamada el 7 de diciembre de 2000 y publicada en Diario Oficial de la UE el 30 de marzo de 2010), tanto al derecho tutela a consumidores y usuarios como al derecho a una vivienda digna y adecuada.

La tutela de los consumidores se vincula directamente con el artículo 47 de la Carta (el derecho a la tutela judicial efectiva, que es el equivalente al artículo 24 de la Constitución Española).

Respecto del derecho a una vivienda digna, el Tribunal afirma en el ordinal 65 que «En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13». El artículo 7 de la Carta es el referido al respeto a la vida privada y familiar («Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones») que conectaría con los artículos 10 y 18 de la CE.

La incidencia de esta Sentencia del TJUE es doble ya que permite trasladar el derecho a una vivienda digna al núcleo duro de los derechos fundamentales y las libertades públicas (al igual que la tutela a los consumidores, que en la CE se encuentra también dentro de los principios rectores de la política social y económica – en el artículo 51) y, además, determina que un tribunal en caso de conflicto entre el derecho interno y el derecho de la Unión Europea, tenga que aplicar directamente el derecho de la Unión, convirtiendo al TJUE en el último intérprete de la normativa comunitaria.

La conformación del derecho a la vivienda como derecho fundamental se recuerda también en las conclusiones de la Abogada General al asunto C-176/17 (ECLI: EU: C:2018:293).

La mejora de rango constitucional que resulta de la jurisprudencia del TJUE soluciona una parte no sustancial del problema. Las herramientas que el TJUE ofrece al juez permitirían convertir a dicho Tribunal en el intérprete máximo de normas constitucionales que, estando reconocidas en constituciones nacionales, quedaran también reconocidas con mejor rango en la Carta Europea. También permitiría a los tribunales constitucionales internos establecer las consecuencias de esa mejora de rango resultante de los criterios del TJUE.

Esa mejora de rango justificaría que se paralizaran las actuaciones judiciales necesarias para los lanzamientos cuando estuviera en trámite un procedimiento previo en el que pudiera cuestionarse la validez o eficacia de cualquiera de las cláusulas contractuales (tanto de la compraventa, el arrendamiento o de los instrumentos financieros necesarios para permitir dichos contratos). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la construcción del TJUE se hace a partir del desarrollo de la Directiva 93/13, que se refiere exclusivamente a consumidores, dejando fuera a personas jurídicas y a personas físicas que firmaran contratos dentro de su actividad profesional o empresarial, o con motivo de ésta. Eso dejaría fuera del ámbito de tutela comunitario supuestos en los que el particular no adquiere o arrienda la vivienda directamente, sino por medio de una sociedad (caso habitual en pequeños y medianos empresarios). Tampoco sería posible abrir ese paraguas de protección cuando el consumidor compromete su

vivienda como garantía de una deuda empresarial propia o de un familiar (tanto el TJUE como el propio Tribunal Supremo español han excluido de la protección de la Directiva 93/13 supuestos en los que una vivienda se hipoteca por un socio, un administrador o el cónyuge de ellos para financiar una actividad profesional).

Esos mismos instrumentos permitirían suspender el efectivo lanzamiento de titulares, arrendatarios u ocupantes de viviendas cuando no quedara suficientemente garantizado su derecho a una vivienda digna alternativa, trasladando a las administraciones públicas tanto la evaluación de esa situación de «riesgos habitacional» como la búsqueda de alternativas. Aunque queda la duda si la moratoria en el lanzamiento prevista en el artículo 704 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es medida suficiente para evitar situaciones de desamparo.

La protección del derecho fundamental a una vivienda digna debe vincularse directamente con la capacidad efectiva del ocupante del inmueble para buscar una alternativa razonable, atendiendo a sus recursos económicos, a sus circunstancias personales y familiares.

Esta sentencia es importante, pero no puede obviarse la referencia a otras resoluciones del Tribunal, dictadas en materia de derechos fundamentales, especialmente en lo que afecta a ciudadanos de países ajenos a la UE, en los que el Tribunal ha considerado que el derecho a una vivienda se integra dentro del núcleo de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en materia de política de asilo, la Abogada General en sus conclusiones advierte que «no cabe duda de que la adquisición de conocimientos sobre la lengua y la sociedad del Estado miembro de acogida contribuye a facilitar el ejercicio cotidiano de la mayoría de los derechos garantizados por la Directiva de reconocimiento, en particular por lo que se refiere al acceso al empleo, la educación, la protección social, la asistencia sanitaria y la vivienda.»<sup>(6)</sup>

## 6. EL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA Y LA IMPOSIBILIDAD DE ACCEDER A LA MISMA POR ENCONTRARSE EL DEUDOR EN SITUACIÓN DE INSOLVENCIA

¿Cómo garantizar a una persona sin recursos este derecho fundamental? Esta es la pregunta y la respuesta principal es que los poderes públicos, las administraciones, deberían garantizar este derecho a las personas

---

(6) Conclusiones de 6 de junio de 2024 – ECLI: EU: C:2024:461.

que carecen de patrimonio o ingresos suficientes para poder comprar un piso o pagar un alquiler por un apartamento digno.

Dadas las dificultades que las administraciones públicas tienen para garantizar este derecho, bien por falta de voluntad política, bien por falta de recursos para poder disponer de políticas de vivienda activa, debe plantearse si la jurisdicción civil, en la que se dirimen conflictos entre particulares, es la jurisdicción pertinente para garantizar este derecho. Al analizar las decisiones judiciales que puedan adoptarse por los tribunales civiles debe tenerse en cuenta que las medidas adoptadas para la protección de una parte se imponen en detrimento de la parte contraria. Fortalecer el derecho a una vivienda digna por una parte en litigio supone debilitar el derecho a la propiedad de la otra parte. Esas medidas no son siempre posibles ya que la protección de la propiedad en la jurisdicción civil es más intensa que la tutela de otros derechos.

Es cierto que para paliar las consecuencias económicas de la alarma sanitaria se han dictado normas transitorias de protección del derecho a la vivienda en las que se distingue entre pequeños propietarios y grandes tenedores de viviendas (fondos de inversión y entidades financieras principalmente). Esa distinción también se traslada a las propuestas en materia de limitación de alquileres.

Pero cuál es la respuesta del ordenamiento civil cuando el inquilino o el propietario de una vivienda no puede pagar las rentas o cuotas del préstamo porque es insolvente.

Tanto el RDL 6/2012 como la Ley 1/2013 introdujeron las primeras medidas destinadas a proteger a personas y familias que, como consecuencia de las ejecuciones hipotecarias, pudieran quedar en riesgo de exclusión social. La verdad es que esta normativa ha demostrado ser insuficiente para una garantía efectiva del derecho a una vivienda digna, aunque ha permitido definir, de modo muy restrictivo, los supuestos en los que una persona puede aspirar a no perder la vivienda que ocupa. Por una parte, debe ampliarse el ámbito subjetivo de la norma, permitiendo que mayor número de ciudadanos se acojan a la misma, y también perfilando de manera más precisa las medidas judiciales que se puedan adoptar, lo que lleva a analizar si la tutela judicial del derecho a una vivienda digna puede plantearse en procedimientos concursales o preconcursales, es decir, en circunstancias en las que la persona afectada está en situación de insolvencia actual, inminente o en riesgo de insolvencia.

Las situaciones de insolvencia, preinsolvencia o riesgo de insolvencia permiten considerar analizar no solo su situación patrimonial (el incumplimiento de sus obligaciones ordinarias), sino también si puede producirse un riesgo de exclusión social vinculado a la insolvencia, por el patrimonio

no solo sea suficiente para el pago de las deudas, sino también podría servir para buscar una alternativa a sus necesidades básicas.

La normativa concursal queda actualmente recogida en el Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR) aprobado por RDL 1/2020, aunque esta reciente disposición queda pendiente de una profunda reforma para adaptar al derecho interno la Directiva 2019/2013, sobre marcos de reestructuración y segunda oportunidad (Directiva que ha dado lugar a un anteproyecto de ley aprobado en Consejo de Ministros de 3 de agosto de 2021). En tanto en cuanto no se apruebe una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) la competencia para estos asuntos está repartida entre los juzgados mercantiles (que asumen los concursos de empresarios) y jueces de instancia (que asumen los concursos de no empresarios).

La declaración de concurso o la comunicación de negociaciones para superar la insolvencia suponen un cambio en las facultades patrimoniales del deudor, que normalmente quedarán suspendidas, asumidas por el administrador concursal. El proceso concursal permite, además, la suspensión temporal de los procedimientos de ejecución de inmuebles (2 meses) y trastoca el régimen de competencia objetiva ya que todos los procedimientos con trascendencia patrimonial los asume el juez del concurso. Además, se alteran algunas reglas habituales en la contratación civil (suspensión de devengo de intereses, alteración del régimen de resolución de los contratos conforme a las normas civiles, posibilidad de rehabilitación de los contratos, alteración del orden de pagos de los créditos...).

Antes de entrar en mayores profundidades concursales, en lo que afecta al acceso a la vivienda, debe identificarse previamente el título por el cual se accede a la misma. Normalmente será a título de propietario (con o sin garantías hipotecarias) o arrendamiento, pero no deben descartarse otras fórmulas no habituales, como puede ser el comodato, el usufructo, el derecho de habitación, el precario o la mera ocupación. El régimen legal dentro del concurso es distinto en función del título, pero lo cierto es que el juez puede autorizar directamente que se paguen con preferencia las deudas pendientes del deudor que afectan a la vivienda (como créditos contra la masa), siempre que el deudor disponga de recursos económicos suficientes, incluso se establece un régimen de enervación más flexible que el de la Ley de Arrendamientos.

El juez del concurso debe garantizar que se deja la libre disposición al deudor de los bienes inembargables conforme a la LEC (arts. 605 y siguientes) en relación con el TRLR (art. 192), con lo que se blinda una parte sensible del patrimonio, así como el salario mínimo interprofesional, lo que puede permitir al deudor satisfacer las deudas «habitacionales» mientras que el resto de acreedores queda sometido a las reglas de pago del concurso.

El procedimiento concursal habilita trámites para que el deudor acuerde con sus acreedores soluciones pactadas o mediadas que reduzcan las deudas o aplacen los pagos (convenios, acuerdos extrajudiciales de pago), pero lo cierto es que su éxito es completamente residual.

Mayor trascendencia tiene el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, conocido como beneficio de la segunda oportunidad, regulado en el artículo 486 y siguientes del TRLC, que permite al deudor de buena fe conseguir que se perdone una parte de las deudas no satisfechas en el concurso, incluso presentar un plan de pagos.

Uno de los problemas que plantea la obtención de este beneficio, además de la necesidad de probar la buena fe, es que previamente el deudor ha de liquidar su patrimonio embargable, lo que puede forzar a la realización del inmueble en propiedad o a resolver los contratos referidos a su vivienda.

En tanto en cuanto se produce la reforma legal de la normativa concursal, lo cierto es que una parte importante de juzgados han permitido al deudor conservar la vivienda en propiedad hipotecada, excluyéndola del plan de liquidación, siempre que se cumplan las siguientes premisas:

- 1) Que el deudor se encuentre al día en el pago de las cuotas hipotecarias, bien porque haya podido satisfacerlas dentro del concurso, bien porque terceros las hayan pagado en su nombre.
- 2) Que el valor actualizado de la vivienda sea inferior a la deuda hipotecaria pendiente (situación muy habitual, sobre todo en hipotecas concedidas antes de 2008, donde las cantidades prestadas se vinculaban a inmuebles sobrevalorados).
- 3) Que, por lo tanto, no haya interés por parte del acreedor hipotecario en instar el vencimiento anticipado y la realización en subasta del inmueble.
- 4) Que no haya una expectativa razonable de que en la venta dentro del concurso se pueda generar sobrante que permita mejorar los pagos al resto de acreedores del concurso.

Resoluciones como el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de junio de 2021 (ECLI: ES: APB:2021:5058-A) permiten esta solución que lleva a que el deudor pueda conservar la vivienda hipotecada y, a su vez, exonerar el resto del pasivo insatisfecho.

La exoneración del pasivo insatisfecho tanto por el régimen general (de exoneración directa) como por el especial (exoneración provisional sujeta a un plan de pagos) permite al deudor cancelar deudas que lastran su situación patrimonial liberando recursos económicos que le permitirán la búsqueda de nuevas soluciones a sus problemas de vivienda.





La Directiva 2019/1023, ya reseñada, aunque no es una norma específicamente aprobada para la protección del deudor no empresario, sí que hace referencia a la necesidad de evitar que un deudor pueda perder su vivienda como consecuencia de una situación de insolvencia, permitiéndole someterse a planes de pago de las deudas más amplios.

El proyecto de reforma del TRLC para la incorporación de la Directiva incorporaba algunas propuestas interesantes para fortalecer la protección del derecho a la vivienda y que, por lo tanto, el deudor conserve la titularidad o el uso de la misma. La medida más importante es la que permite que el deudor, sin tener que liquidar todo su patrimonio, pueda proponer a sus acreedores un plan de pagos, acorde con su capacidad económica, que permita quitas y esperas que demoren los pagos hasta en tres años, plazo que se amplía a cinco años cuando el deudor quiera mantener su vivienda habitual. Estas reformas supondrán una modificación sustancial del actual artículo 497 y 499 del TRLC, que se amplían. Ese proyecto se convierte en la Ley 16/2022, que reforma el Texto refundido. En su artículo 497 se prevé que aquellos deudores que no puedan pagar sus créditos y quieran alcanzar la exoneración, pueden presentar un plan de pagos a 5 años, en vez de a 3 años, si con la ampliación del plazo pueden evitar la realización de la vivienda. El deudor puede aplazar los pagos de los créditos exonerables (los previstos en el artículo 489 del TRLC) y aplicar sus recursos al pago de los créditos no exonerables, entre los que se incluirá normalmente el pago del préstamo hipotecario, así como el pago de los suministros indispensables para garantizar el derecho a una vivienda digna.

Es también muy interesante la distinción que la normativa concursal hace entre la cuantificación de la deuda hipotecaria, deuda que es la que da derecho a la ejecución hipotecaria, y la deuda con privilegio especial (que es la cristalización de la deuda hipotecaria en el concurso). La deuda con privilegio especial no coincidirá con el total de la deuda hipotecaria, será menor, el TRLC (arts. 270 y ss.) recoge las reglas para el cálculo de ese privilegio utilizando el criterio del valor razonable de la garantía que se realiza del siguiente modo:

1) El valor del que se parte no es el valor de tasación de la escritura, sino del valor de mercado en la fecha del concurso, lo que hará que el valor en el inventario disminuya en aquellos casos en los que se produjo una sobretasación inicial, o en inmueble afectados por la crisis financiera de 2008 y la caída de los mercados.

2) Ese valor de mercado se reduce obligatoriamente en un 10 %, reduciéndose también si hay cargas preferentes sobre ese bien.



3) El resto de crédito hipotecario que supere el valor razonable pasará a ser crédito ordinario, o subordinado (si se trata de intereses), lo que permitirá que sea exonerado en el trámite correspondiente.

La novedad de la reforma del TRFL es que se obliga a las entidades financieras que concedieron hipotecas a reducir la cobertura hipotecaria al valor de la garantía efectiva cuando el deudor se someta a los planes de pago destinados a la exoneración. Se mantiene el derecho a la ejecución separada de la hipoteca, pero por cantidades inferiores.

## 7. ADVERTENCIA FINAL

Pese al esfuerzo que se pueda hacer en el ámbito judicial para ampliar el abanico de medidas para proteger el derecho a una vivienda digna, lo cierto es que la solución efectiva a los problemas de vivienda debería adoptarse en el plano legislativo, con medidas económicas y sociales efectivas para garantizar el derecho a una vivienda digna de modo realmente efectivo.

## D. Objeto. Concepto de vivienda habitual. Delimitación de otras figuras afines\*

**Gemma Caballé Fabra**

*Investigadora postdoctoral  
y subdirectora de la Cátedra*

*UNESCO de Vivienda*

*Universidad Rovira i Virgili*

*gemma.caballe@urv.cat*

**Resumen:** *No se pueden diseñar políticas de vivienda adecuadas a la realidad si antes no se delimita claramente lo que implica una vivienda para las personas y los requisitos que esta debe cumplir para poder tener tal consideración. Además, desde el punto de vista del lenguaje jurídico español, existen diferentes términos que están relacionados con la vivienda. Por este motivo, es necesario delimitar y diferenciar todos estos términos para poder entender la dimensión del concepto de vivienda y ser más preciso en el lenguaje que se utiliza. En este capítulo se estudia el concepto de vivienda y se diferencian los distintos términos que están relacionados.*

---

\* El presente trabajo se desarrolla en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades «Vivir en comunidad: nuevas reglas para un nuevo paradigma» (PID2020-112876GB-C31).

**Abstract:** *Housing policies cannot be properly designed if we do not clarify what a home means for people and the requirements that it must have to be considered as such. Furthermore, from the Spanish legal language point of view, there are different terms that are related to housing. For this reason, it is necessary to delimit all those terms to understand the concept of home and be precise in the language. This chapter studies the concept of home and differentiates the terms that are related with housing.*

**Palabras clave:** *vivienda, domicilio, residencia, vivienda habitual, hogar, infravivienda, segundas viviendas.*

**Keywords:** *housing, domicile, residence, habitual residence, home, substandard housing, second homes.*

**Sumario:** 1. Objeto. 2. Concepto de vivienda. 3. Delimitación de figuras afines a la vivienda. 3.1 Edificación, bien inmueble y finca. 3.2 Residencia, residencia habitual y domicilio. 3.3 Segundas viviendas. 3.4 Infravivienda. 4. Vivienda habitual y familiar como máxima expresión del concepto de vivienda. 5. Conclusiones. Bibliografía

## 1. OBJETO

Desde el punto de vista del lenguaje jurídico, en especial, desde la perspectiva del derecho civil, existen diferentes términos relacionados con la vivienda que resulta conveniente diferenciar y analizar para poder entender y delimitar el concepto de vivienda como, por ejemplo, el concepto de bien inmueble, finca, domicilio, residencia, vivienda habitual, etc. De hecho, el derecho la vivienda se trata de un concepto jurídico indeterminado<sup>(1)</sup>, de ahí que definir y aclarar lo que significa una vivienda no sea una tarea sencilla para el lenguaje jurídico. ¿Una caravana puede ser una vivienda? ¿un local comercial? ¿una habitación de un hotel? ¿una vivienda que no es accesible?

Lo que se pretende a través de este capítulo es hacer una aproximación a este objeto tan especial y complejo como es la vivienda y delimitar conceptualmente el resto de los términos que están estrechamente vinculados.

---

(1) STS 5 de junio de 1992 (RJ 1992/5371).

Entender que es una vivienda y lo que significa para las personas es el primer paso para poder diseñar unas políticas de vivienda más acordes a la realidad.

## 2. CONCEPTO DE VIVIENDA

Según Fox<sup>(2)</sup>, existen cinco elementos o dimensiones que conforman el concepto de vivienda:

1. La vivienda como activo económico: representa la vivienda como un bien de capital, de inversión o financiero, es decir, el valor patrimonial.
2. La vivienda como estructura física: ofrece refugio material, un techo bajo el que resguardarse.
3. La vivienda como territorio: ofrece seguridad y control, un lugar en el espacio, que transmite permanencia, continuidad y privacidad.
4. La vivienda como identidad: ofrece un reflejo de las ideas y valores de cada uno y actúa como un indicador de la condición personal.
5. La vivienda como unidad social y cultural: actúa como un lugar para las relaciones con familiares, amigos y como centro de actividades.

Estas tres últimas dimensiones conforman la parte más simbólica o moral («*X factor*») del concepto de vivienda.

A través de esta distinción, se observa que son de diversa naturaleza las disciplinas que afectan a la vivienda (Economía, Derecho, Arquitectura, Antropología, Psicología, etc.). Por este motivo, en función de la disciplina que se parta de referencia para el estudio de la vivienda o el diseño de sus políticas, el concepto de vivienda puede variar, ya que cada una de las disciplinas trata una dimensión en concreto.

A nuestro juicio, desde el punto de vista de las ciencias jurídicas, todas las dimensiones deben ser tenidas en cuenta a la hora de formular las políticas de vivienda y, por lo tanto, de plasmarlas en la normativa. Por este motivo, resulta crucial saber diferenciar cada uno de los términos y delimitar correctamente todos los atributos que conforman el concepto de vivienda.

En relación al concepto de vivienda que contempla el artículo 3 de la LDV, se diferencia el concepto de vivienda y el de vivienda digna y adecuada. A nuestro juicio, esta distinción es innecesaria ya que la vivienda ya de

---

(2) Fox L., *Conceptualising Home. Theories, Laws and Policies*, Hart Publishing, Portland, 2007, pp. 23-24.

por si debe ser digna y adecuada, pues, de no cumplir estos requisitos, ya no estamos ante una vivienda si no una infravivienda u otro tipo de bien.

Por este motivo, un concepto completo de vivienda debe tener en cuenta todas las dimensiones mencionadas como, por ejemplo<sup>(3)</sup>: «es vivienda aquella edificación fija o inmueble que cumple los requisitos de habitabilidad y adecuación, donde los seres humanos puedan vivir de forma habitual, desarrollarse plenamente en libertad e intimidad, formar una familia y, en definitiva, puedan crear un hogar».

### 3. DELIMITACIÓN DE FIGURAS AFINES A LA VIVIENDA

#### 3.1 Edificación, bien inmueble y finca

El artículo 2 de la LOE señala que la edificación es «la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado». En esta misma línea, la STS de 23 de octubre de 2013<sup>(4)</sup> estableció que el término «edificio» se refiere a «la construcción que levantada desde el suelo esté debidamente cimentada». De modo que, por «edificación fija» debe entenderse aquella que tiene un carácter permanente en la superficie, es decir, un bien inmueble (art. 2.1 LOE y artículo 334 CC).

El artículo 334 CC incluye una clasificación de lo que se debe entender por bienes inmuebles como, por ejemplo, las tierras, los edificios, los árboles... e incluye todo lo que esté unido a un inmueble de manera fija. La STS de 7 de junio de 2000<sup>(5)</sup> estableció que «en sentido propio y gramatical se entiende por inmueble las cosas que no pueden ser desplazadas sin deterioro y por muebles, las que pueden ser trasladadas de un lugar a otro».

La vivienda es un inmueble por incorporación, es decir, se trata de aquella construcción adherida al suelo que no surge de forma natural, sino que es necesaria la actividad humana para su existencia<sup>(6)</sup>.

Ni la ONU<sup>(7)</sup>, ni el artículo 47 de la CE concretan si una vivienda debe ser necesariamente una edificación o un bien inmueble o si también puede

---

(3) Véase en profundidad los argumentos que justifican esta definición en: CABALLÉ FABRA, G., *La intermediación inmobiliaria ante los nuevos retos de la vivienda*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021.

(4) RJ 2013\7009.

(5) RJ 2000/4005.

(6) PASTOR VITA, F. J en Manuel Ruiz-Rico Ruiz, J.; Moreno-Torres Herrera, M. L. (coords.), *Conceptos básicos de derecho civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 132.

(7) Observación General núm. 4 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1991.

recaer sobre cualquier otro bien. El hecho de considerar si una vivienda necesariamente tiene que ser un bien inmueble o un bien mueble depende de cada ordenamiento jurídico. Sin embargo, en los conceptos de vivienda que se prevén en las Leyes autonómicas de vivienda<sup>(8)</sup>, en la LDV y en la LAU, en todos se señala que la vivienda debe ser una «edificación» o un «edificio» o «parte de un edificio», de modo que podemos afirmar que en el ordenamiento jurídico español la vivienda necesariamente debe ser un bien inmueble.

En cuanto el concepto de finca y su diferenciación con el concepto de inmueble, ni la LH, ni el RH ni el CC definen qué es una finca. Siguiendo la línea defendida por Bernà I Xirgo *et. al.*<sup>(9)</sup> la finca es «el soporte físico o material del dominio y derechos reales limitados inscritos [...] por consistir en un trozo de terreno, edificado o no».

Para nosotros, el concepto de inmueble es más amplio que el de finca, pues una finca siempre es un inmueble, pero un inmueble no siempre coincidirá con la finca.

### 3.2 Residencia, residencia habitual y domicilio

Los términos legales de «residencia» y de «residencia habitual» se ubican en la dimensión simbólica de la vivienda que hemos visto en el apartado 2 como «territorio», dado que afectan a la relación entre las personas y el lugar donde viven o se encuentran en un momento determinado.

El artículo 40 del CC establece que, para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas físicas es el lugar de su residencia habitual y, en su caso, el que determine la LEC en sus artículos 50 y ss. Por lo tanto, antes de saber cuál es el domicilio de una persona física, hay que identificar su residencia habitual. Lo que se desprende del CC es que el domicilio civil y la residencia son términos distintos pero que están estrechamente vinculados, pues, uno depende del otro. No obstante, mientras que el domicilio es una situación de derecho, la residencia lo es de hecho, ya que la residencia se puede cambiar libremente por la voluntad del interesado, pero el domicilio no puede variar por esta voluntad ya que está ligado al cambio de residencia habitual<sup>(10)</sup>.

---

(8) Véase, por ejemplo, Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña, la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía y la Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda del País Vasco.

(9) BERNÀ I XIRGO, J.; ROCA SASTRE, R., y ROCA-SASTRE-MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, Tomo I, Bosch, 9.ª ed., Barcelona, 2008, pp. 157-158.

(10) BOSCH CAPDEVILA, E., «Capítulo 9. La localización de la persona», en Vaquer Aloy A. (Coord.); *et.al, Dret civil. Part General i dret de la persona*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 187.

La residencia es el lugar donde una persona se establece para vivir<sup>(11)</sup>, aunque ello no conlleve necesariamente un arraigo profundo con dicho lugar<sup>(12)</sup>. Es decir, de la residencia en un lugar, se puede derivar el domicilio, pero no tiene por qué darse siempre, ya que la residencia como tal se refiere al simple hecho de vivir en un lugar en un momento determinado<sup>(13)</sup>. De esta forma, si una persona se encuentra viviendo puntualmente en un lugar, ese lugar será su residencia, pero no implica necesariamente que sea su residencia habitual, ya que esta puede estar en otro sitio donde sí tenga dicha permanencia o habitualidad.

Tampoco hay que confundir la residencia con el paradero, pues este último se refiere al lugar donde la persona se halla en un momento determinado sin necesidad de tener estabilidad alguna (por ejemplo, de tránsito en un viaje, si se permanece algunos días en una ciudad, etc.)<sup>(14)</sup>.

De manera que, el orden de menos a más arraigo de una persona con un lugar es: en primer lugar, el paradero; después la residencia; y, por último, la residencia habitual que determina el domicilio regulado en el artículo 40 CC.

La residencia habitual está compuesta por el hecho de residir en un lugar más la habitualidad de hacerlo así, que se caracteriza por ser la normal y presumible para un futuro próximo (perspectiva de futuro)<sup>(15)</sup>.

Para Chico de la Cámara<sup>(16)</sup>, «la vivienda habitual como punto referencial a la hora de definir la residencia fiscal es muy frecuente en la legislación comparada ya que es un compendio de enraizamiento físico y moral con un territorio y, además, implica una permanencia (habitualidad), lo que elimina las permanencias temporales que no implican un compromiso. Es un punto de conexión que suele incluir elementos familiares y personales que refuerzan el vínculo contribuyente/país de acogida». Este autor destaca pues, esta vertiente simbólica que existe entre las personas y un lugar a través de la alusión al «enraizamiento físico y moral» que, trae como consecuencias jurídicas el determinar el lugar donde una persona tiene que pagar sus impuestos.

Para probar dicha residencia habitual, en general, pueden utilizarse los siguientes elementos: estar la persona incluida en el padrón municipal de habitantes, tener el hogar familiar, haber trasladado a tal lugar los enseres y mobiliario usuales y venir viviendo en él desde entonces,

(11) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Artículos 40 y 41*. Comentarios al Código Civil. Tomo I, Vol. 3.º, artículo 17 a 41 del Código civil, 2.º ed., Edersa, Madrid, 2004, VLEX, p. 15.

(12) STS de 12 de mayo de 2008 (RJ 2008\2049).

(13) BOSCH CAPDEVILA, E., «Capítulo 9. La localización de la persona», en Vaquer Aloy A. (Coord.); *et.al, Dret civil. Part General i dret de la persona*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 188.

(14) GULLÓN BALLESTEROS, A., *Comentarios del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 2006, p. 329.

(15) O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, 3.ª ed., Madrid, 2003, p. 97.

(16) GARCÍA CARRETERO, B., «La residencia como criterio de sujeción al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas» en Chico de la Cámara, P. (dir.), *Residencia Fiscal y otros aspectos...* ob. cit., p. 22.



entre otras<sup>(17)</sup>. No obstante, la STS de 15 de noviembre de 1991<sup>(18)</sup> consideró que solo deben merecer el calificativo de principios de prueba las certificaciones del censo de población, censo electoral y padrón de habitantes. Precisamente la inscripción en el padrón es completamente independiente de las controversias jurídico-privadas sobre la titularidad de la vivienda, como lo es también de las circunstancias físicas, higiénico-sanitarias o de otra índole que afecten al domicilio. En consecuencia, las infraviviendas (chabolas, caravanas, cuevas e incluso ausencia total de techo) también pueden figurar como domicilios válidos en el padrón<sup>(19)</sup>.

De modo que la residencia habitual y, por ende, la vivienda habitual (en el supuesto que la residencia habitual coincida con la vivienda habitual desde el punto de vista del derecho civil y no con cualquier otro bien como puede ser, por ejemplo, una cueva, una caravana, etc.) es el lugar donde una persona vive o pretende establecerse allí de forma permanente.

En relación al concepto de domicilio, igual que los conceptos señalados de residencia y residencia habitual, está muy relacionado con la dimensión simbólica de la vivienda entendida como «territorio» pues es la relación que se establece entre las personas y un lugar.

Hay que tener en cuenta que el concepto de domicilio se puede definir desde dos perspectivas:

a) La **perspectiva jurídico-privada**: es la que contempla en el artículo 40 del CC, es decir, el lugar de residencia habitual de las personas y, por lo tanto, se trata de un criterio de localización geográfica. El artículo 40 CC tampoco especifica cómo tiene que ser físicamente la sede que constituye el domicilio. De hecho, a la hora de fijar el domicilio en el padrón municipal tampoco se exige legalmente que el domicilio tenga que cumplir unas características físicas determinadas, pues el artículo 16.2.c LrBR únicamente nos informa de que en la inscripción en el padrón municipal será necesario hacer constar el domicilio habitual. De modo que puede ser que el domicilio coincida con una vivienda u otro tipo de estructura.

b) La **perspectiva jurídico-pública**: es la que se contempla en el artículo 18 de la CE y, por lo tanto, lo que se protege es el espacio íntimo y privado donde las personas desarrollan su personalidad. El TC define el

(17) ALBALADEJO GARCÍA, M.; *Artículos 40 y 41...* ob. cit., p. 6.

(18) RJ 1991\8117.

(19) Así viene establecido en el apartado 3 de la Resolución de 29 de abril de 2020, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución de 17 de febrero de 2020, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Autonómica y Local, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre la gestión del Padrón municipal (BOE núm. 122, de 2 de mayo de 2020).

domicilio desde un punto de vista jurídico-público como «el espacio donde el individuo vive ejerciendo su libertad más íntima, al margen de las convenciones sociales, así como todo espacio apto para que, eventualmente o de forma permanente, pueda ocurrir lo anterior» (STS de 31 de enero de 1995<sup>(20)</sup>, STS de 15 de febrero de 1995<sup>(21)</sup> y STS de 6 de julio de 1995)<sup>(22)</sup>. La STC de 17 de febrero de 1984<sup>(23)</sup> establece que a través del derecho a la inviolabilidad del domicilio no solo es objeto de protección el espacio físico del mismo sino lo que hay en él, la emanación de la persona y la esfera privada de ella. El artículo 18 de la CE protege la vida privada de las personas, de forma que la inviolabilidad domiciliaria tiene carácter instrumental respecto esta protección de la intimidad personal y familiar<sup>(24)</sup>.

Se consideran domicilios a efectos constitucionales: las viviendas, las segundas viviendas, los vehículos o caravanas y las habitaciones de hotel (STC 17 de enero de 2002)<sup>(25)</sup>. De esta forma, se toma más en consideración el aspecto intangible o moral que se deriva de este espacio (elemento simbólico) que la estructura física en sí (elemento estructural). El concepto de domicilio en sentido jurídico-público se extiende a todo espacio físico con independencia de la titularidad jurídica que sobre el mismo ejerzan sus moradores<sup>(26)</sup>, es decir, es independiente del derecho que legitime su uso (propiedad, arrendamiento, contrato de hospedaje...) e incluso si no existe ningún derecho que lo legitime<sup>(27)</sup>.

De modo que, desde una perspectiva jurídico-privada (art. 40 del CC), el domicilio es un criterio de identificación de las personas. En cambio, desde una perspectiva jurídico-pública (art. 18 de la CE y artículo 8 del CEDH) es un espacio susceptible de protección por desarrollarse en este la vida privada y familiar<sup>(28)</sup>. En ninguno de los casos se exige que necesariamente deban recaer sobre una vivienda, sino que también lo pueden hacer sobre cualquier otro bien donde sea susceptible la residencia habitual o el desarrollo de la vida íntima y privada.

(20) RJ 1995\268.

(21) RJ 1995\865.

(22) RJ 1995\5387.

(23) RTC 1984\22.

(24) Balaguer Callejón, F. (coord.), Manual de Derecho Constitucional. Volumen II. Derechos y libertades fundamentales. Deberes Constitucionales y principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales, Tecnos, Madrid, 9.ª ed., 2014, p. 173.

(25) RTC 2002\10.

(26) GÁLVEZ MONTES, F. J. en Garrido Falla, F. (coord.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 3.ª ed. ampliada, 2001, p. 426.

(27) Es el caso, por ejemplo, de la «okupación» de manera que los legítimos propietarios de las viviendas deben acudir a la vía judicial para poder recuperar la posesión, aunque se les haya ocupado su vivienda en propiedad.

(28) DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., «Definición y atribución del domicilio familiar», *Documento de Trabajo, Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, núm. 5, 2008, pp. 4-32, p. 5.

### 3.3 Segundas viviendas

El concepto de segunda vivienda está estrechamente relacionado con los conceptos analizados en el apartado anterior de domicilio y residencia habitual, dado que es toda aquella vivienda que no constituye la residencia habitual de las personas. La LDV no hace referencia al concepto de segunda vivienda, si no al de «residencia secundaria». A pesar de no incluir el término «vivienda» la define como «aquella vivienda que se utiliza por su propietario para estancias temporales o intermitentes, y que no constituye su residencia habitual».

Según la LDV se trata de una vivienda, pero con la particularidad que el tipo de uso es que no se destina como vivienda habitual<sup>(29)</sup>.

### 3.4 Infravivienda

La LDV la define como «la edificación, o parte de ella, destinada a vivienda, que no reúne las condiciones mínimas exigidas de conformidad con la legislación aplicable. En todo caso, se entenderá que no reúnen dichas condiciones las viviendas que incumplan los requisitos de superficie, número, dimensión y características de las piezas habitables, las que presenten deficiencias graves en sus dotaciones e instalaciones básicas y las que no cumplan los requisitos mínimos de seguridad, accesibilidad universal y habitabilidad exigibles a la edificación». De modo que no se cumplen los requisitos físicos para ser considerada una vivienda como tal.

En la tabla ETHOS (*European Typology on Homelessness and Housing Exclusion*) se contemplan los diferentes tipos de «sinhogarismo» e inadecuación de viviendas<sup>(30)</sup>. Según este estudio, existen 4 categorías europeas en que se puede clasificar el «sinhogarismo» (las dos primeras) y la exclusión residencial (las dos últimas):

Sin techo (*roofless*): se trata de aquellas situaciones en que las personas viven en un espacio público (sin domicilio) o bien, pernoctan en un albergue y/o son forzados a pasar el resto del día en un espacio público.

Sin vivienda (*houseless*): incluye situaciones en que las personas se hospedan en centros de servicios o refugios (hostales para los «sin techo» que permiten diferentes modelos de estancia); en alojamientos temporales

---

(29) Precisamente este tipo de viviendas son las que pueden ser objeto de «okupación» más fácilmente, dado que están vacías la mayor parte del tiempo.

(30) Disponible en: [https://www.feantsa.org/download/ethos\\_spain-24518105836657575492.pdf](https://www.feantsa.org/download/ethos_spain-24518105836657575492.pdf) (última visita: 18 de septiembre de 2024).

reservados a los inmigrantes y a los demandantes de asilo; en instituciones como las prisiones, los centros de atención sanitaria, hospitales, etc.

Vivienda insegura (*insecure housing*): incluye los que están en una vivienda sin un título legal, los que viven temporalmente con familiares o amigos de forma involuntaria, así como también aquellos que están en una vivienda sin contrato de arrendamiento. Aquellos que reciban una notificación legal de abandono de vivienda y, por último, los que viven bajo la amenaza de violencia por parte de la familia o de la pareja.

Vivienda inadecuada (*inadequate housing*): se trata de aquellos que viven en una estructura temporal (caravanas o viviendas móviles) o chabolas, los que viven en una vivienda no apropiada según la normativa y los que viven en una vivienda masificada. Por lo tanto, aquí entraría el concepto de infravivienda.

Como se observa, dentro del concepto de «sinhogarismo» no solo se encuentran los que no disponen de una estructura o refugio para vivir (los conocidos como los «sintecho»), sino también aquellos que sí tienen un refugio, pues pernoctan en centros de servicios o refugio, en alojamientos temporales, en las prisiones, en centros hospitalarios, habitaciones, caravanas, chabolas, los «okupas», etc.

Sin embargo, estas estructuras como las caravanas, las viviendas móviles o las habitaciones pueden ser una solución temporal o excepcional para cubrir necesidades habitacionales en un momento determinado<sup>(31)</sup> e incluso, se puede desarrollar en ellas un elemento simbólico y conformar un domicilio (tanto en sentido jurídico-público como privado), pero en ningún caso pueden tener a consideración de vivienda digna y adecuada tal como se propugna en el artículo 47 de la CE.

#### 4. VIVIENDA HABITUAL Y FAMILIAR COMO MÁXIMA EXPRESIÓN DEL CONCEPTO DE VIVIENDA

La vivienda habitual es aquella vivienda (por lo tanto, tomamos como referencia el concepto estudiado en el apartado 2) donde una persona reside o pretende residir de forma permanente o estable en el tiempo y, así, constituye su domicilio (tanto desde la perspectiva jurídico-pública como

---

(31) GLUMAC, B., y CABALLÉ FABRA, G., «Housing in a Mobile World: A Definition of Flexible Housing and the Classification of Solutions» (*Working paper*) disponible en: [https://housing.urv.cat/wp-content/uploads/2019/08/WP22019\\_housing-in-a-mobile-world-GCaballe.pdf](https://housing.urv.cat/wp-content/uploads/2019/08/WP22019_housing-in-a-mobile-world-GCaballe.pdf).

privada). Es el desarrollo habitual de la vida privada, íntima y familiar en una vivienda lo que hace que se considere como «vivienda familiar»<sup>(32)</sup>.

La STS de 16 de diciembre de 1996<sup>(33)</sup> definió la vivienda familiar como «el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos».

De conformidad con Rodríguez de Almeida<sup>(34)</sup>, la vivienda familiar «es el lugar clave y necesario para el mantenimiento familiar y de la prole, donde todos los integrantes de la unidad familiar, y sobre todo los menores, deben alcanzar su plenitud como personas»<sup>(35)</sup>.

A nuestro juicio, la vivienda familiar coincidirá con la habitual si en ella reside una familia, pero en el supuesto de que sea una sola persona la que vive habitualmente en una vivienda, esta únicamente tendrá la consideración de vivienda habitual. El concepto de vivienda habitual, pues, abarca tanto el de vivienda familiar como conyugal si en esta última precisamente viven los cónyuges.

El uso del concepto de hogar no es muy habitual en el lenguaje jurídico, aunque sí para referirnos a las personas sin hogar o «sinhogarismo». A pesar de ello, sí aparece en algunas disposiciones normativas como, por ejemplo, en el artículo 233-12.1 del Código Civil de Cataluña que regula el plan de parentalidad y en el Preámbulo de la LDV (pero no en el artículo 3 que contempla las definiciones relativas a la vivienda).

Desde un punto de vista jurídico, el término «hogar» está estrechamente relacionado con el concepto de «domicilio» (en sentido jurídico-público reconocido en el artículo 18 CE), pues ambos conceptos se refieren a la privacidad e intimidad de las personas. No obstante, el hogar implica un arraigo más simbólico en un lugar que el domicilio en sentido público, pues, por ejemplo, una habitación de un hotel donde se pernocta, solo una noche, tendrá la consideración de domicilio en sentido público al constituir un espacio donde se desarrolla la vida privada e íntima, pero difícilmente tendrá la consideración de hogar, dado que no hay un arraigo simbólico con el mismo. Esto nos lleva a la conclusión de que el hogar implica una habitualidad,

(32) CLAPHAM D., *The meaning of housing. A pathways approach*, Britain, Policy Press, 2005, p. 136.

(33) RJ 1996/9020.

(34) RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. G., «La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, marzo 2013, pp. 1133-1150, p. 1134.

(35) Véase, por ejemplo, la protección de la vivienda familiar en los supuestos de atribución del uso de esta cunado hay menores de edad: STS de 17 de octubre de 2017 (RJ 2017\4528), la STS de 22 de febrero de 2017 (RJ 2017\1079) y STS de 29 de mayo de 2014 (RJ 2014\3889).

pues es donde las personas desarrollan las rutinas del día a día, vive uno solo o con la familia y se conforman la seguridad ontológica.

El concepto de hogar aglutina tanto el elemento físico o estructural como el elemento simbólico derivado por la habitualidad, arraigo o el hecho de residir allí. El hogar tiene en cuenta las tres últimas dimensiones que hemos visto en el apartado 2 del concepto de vivienda. El hogar que existe en una vivienda digna y adecuada es, a nuestro juicio, la máxima expresión del concepto de vivienda. Por este motivo, el concepto de vivienda habitual es el concepto jurídico que recoge todas las dimensiones expuestas en el apartado 2, pues es la edificación o bien inmueble que cumple requisitos de habitabilidad y adecuación para la persona y constituye el lugar de residencia habitual, para sí o para su familia y, por ende, será el hogar para las personas que viven en ella.

A nuestro entender, cuantos más conceptos coincidan en un mismo bien (inmueble, domicilio –tanto desde la perspectiva pública como privada–, vivienda familiar y hogar) más dimensiones se dan que justifican su mayor protección legal. De ahí que no puede tener el mismo tratamiento legal una vivienda destinada a ser o que es la vivienda habitual de una persona o familia, que otro tipo de bien que no tenga todas estas características, como puede ser, por ejemplo, un solar, un local comercial, una nave industrial, una habitación o una vivienda destinada a un uso turístico.

## 5. CONCLUSIONES

Para finalizar este capítulo, podemos concluir lo siguiente sobre el concepto de vivienda:

I. El hecho que el concepto de vivienda cuente con dimensiones de diversa naturaleza, hace que sean varias las disciplinas que estudien y repercutan en el sector de la vivienda. De ahí que la disciplina que estudia la vivienda (*el* «housing») se trate o debería tratarse de una «disciplina multidisciplinar». Estas dimensiones deben verse reflejadas en las políticas de vivienda de forma equilibrada. Un concepto completo de vivienda, a nuestro juicio, es aquella edificación fija o inmueble que cumple los requisitos de habitabilidad y adecuación, donde los seres humanos puedan vivir de forma habitual, desarrollarse plenamente en libertad e intimidad, formar una familia y, en definitiva, puedan crear un hogar.

II. De conformidad el ordenamiento jurídico español, la vivienda necesariamente debe ser un bien inmueble (una edificación). De modo que las otras estructuras (una caravana, autocaravana, una vivienda

prefabricada fácilmente transportable, una embarcación...) no puedan tener la consideración de vivienda, aunque puedan constituir la residencia o el domicilio de las personas e incluso conformar su hogar.

III. La residencia habitual está compuesta por el hecho de residir en un lugar más la habitualidad de hacerlo así en perspectiva de futuro. No es necesario que haya transcurrido un periodo determinado de tiempo para tener tal consideración. El orden de menos a más arraigo de una persona con un lugar es: en primer lugar, el paradero; después la residencia; y, por último, la residencia habitual que determina el domicilio regulado en el artículo 40 CC.

IV. En relación al concepto de domicilio, igual que los conceptos de residencia y residencia habitual, está muy relacionado con la dimensión simbólica de la vivienda entendida como «territorio». Hay que diferenciar dos vertientes del concepto de domicilio: la vertiente pública (art. 18 CE) como lugar donde se desarrolla la intimidad y la privacidad de las personas y la vertiente privada (art. 40 CC) como lugar de residencia habitual (criterio de localización geográfica). En ambas situaciones no es necesario que recaigan sobre una vivienda, dado que pueden ser domicilio otro tipo de estructuras (habitaciones de hoteles, locales, caravanas...). Precisamente el concepto público de domicilio está estrechamente relacionado con el concepto de hogar (vinculación simbólica entre las personas y un lugar).

V. La infravivienda no es una vivienda. Tampoco lo son aquellas inadecuadas o inseguras de conformidad con la tabla ETHOS. Por lo tanto, las caravanas, las cuevas, las habitaciones, los locales comerciales... no pueden constituir una vivienda digna y adecuada para las personas, aunque puedan ser la residencia o domicilio de las personas y, por lo tanto, pueda conformar el hogar de estas.

VI. La vivienda habitual y familiar es la que recoge precisamente todas las dimensiones de la vivienda y la que merece una protección especial en la normativa y, por ende, en las políticas de vivienda. Las políticas de vivienda deben favorecer el acceso y la tenencia de las viviendas que tengan como finalidad constituir la residencia habitual frente otro tipo de inmuebles que no tengan esta consideración o no vayan a constituir la primera residencia de las personas.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Artículos 40 y 41*. Comentarios al Código Civil. Tomo I, Vol. 3.º, artículo 17 a 41 del Código civil, 2.º ed., Edersa, Madrid, 2004.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*. Volumen II. Derechos y libertades fundamentales. Deberes Constitucionales y principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales, Tecnos, Madrid, 9.ª ed., 2014.



- BERNÀ I XIRGO, J.; ROCA SASTRE, R.; ROCA-SASTRE-MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, Tomo I, Bosch, 9.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2008.
- BOSCH CAPDEVILA, E., «Capítulo 9. La localización de la persona», en Vaquer Aloy A. (Coord.); *et.al, Dret civil. Part General i dret de la persona*, Atelier, Barcelona, 2018.
- CABALLE FABRA, G., *la intermediación inmobiliaria ante los nuevos retos de la vivienda*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021.
- CLAPHAM D., *The meaning of housing. A pathways approach*, Britain, Policy Press, 2005.
- DOMINGUEZ MARTÍNEZ, P., «Definición y atribución del domicilio familiar», *Documento de Trabajo, Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, núm. 5, 2008, pp. 4-32.
- FOX L., *Conceptualising Home. Theories, Laws and Policies*, Hart Publishing, Portland, 2007.
- GÁLVEZ MONTES, F. J., en Garrido Falla, F. (coord.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 3ra. ed. ampliada, 2001.
- GARCÍA CARRETERO, B., «La residencia como criterio de sujeción al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas» en Chico De La Cámara, P. (dir.), *Residencia Fiscal y otros aspectos conflictivos*, Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2013.
- GLUMAC, B., y CABALLÉ FABRA, G., «Housing in a Mobile World: A Definition of Flexible Housing and the Classification of Solutions» (*Working paper*) disponible en: [https://housing.urv.cat/wp-content/uploads/2019/08/WP22019\\_housing-in-a-mobile-world-GCaballe.pdf](https://housing.urv.cat/wp-content/uploads/2019/08/WP22019_housing-in-a-mobile-world-GCaballe.pdf).
- GULLÓN BALLESTEROS, A., *Comentarios del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 2006.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2003.
- PASTOR VITA, F. J., en Manuel Ruiz-Rico Ruiz, J.; Moreno-Torres Herrera, M. L. (coords.), *Conceptos básicos de derecho civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. G., «La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, marzo 2013.



## **E. Acción pública en materia de vivienda. El problema de la distribución de competencias en materia de vivienda e introducción a la vivienda social, vivienda asequible y el sinhogarismo \***

**Núria Lambea Llop**

*Doctora en Derecho por  
la Universidad Rovira i Virgili  
Técnica de vivienda en SMHAUSA  
nlambea@tarracohabitatge.cat*

**Resumen:** *Este capítulo tiene una doble finalidad. Por un lado, se aborda la complejidad del sector de la vivienda social en España, presentando datos, conceptos poco claros que a veces se confunden (vivienda social, asequible y pública), tipologías de vivienda social y sus regímenes jurídicos, modelos de gestión de este parque de vivienda social, así como las competencias multi-nivel existentes en esta materia. Por otro lado, se introduce la problemática del sinhogarismo, definiendo este fenómeno y analizando la normativa existente y los diferentes niveles de medidas para hacerle frente.*

---

\* El presente capítulo se desarrolla en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades «Vivir en comunidad: nuevas reglas para un nuevo paradigma» (PID2020-112876GB-C31).



**Abstract:** *The purpose of this chapter is twofold. On the one hand, it addresses the complexity of the social housing sector in Spain, presenting data, unclear concepts that are sometimes used indistinctly (social, affordable and public housing), typologies of social housing and their legal regimes, management models for this social housing stock, as well as the existing multilevel competencies in this field. On the other hand, the problem of homelessness is introduced, defining this phenomenon and analyzing the existing regulations and the different levels of measures to tackle it.*

**Palabras clave:** *Vivienda social; vivienda asequible; gestión de vivienda; sinhogarismo.*

**Keywords:** *Social housing; affordable housing; housing management; homelessness.*

**Sumario:** 1. La complejidad del sector de la vivienda social en España. 1.1 Datos del sector. 1.2 Distinción entre los conceptos de vivienda asequible, vivienda social y vivienda pública. 1.3 Las competencias multinivel y la diversidad terminológica. 1.4 Tipologías de vivienda social y regímenes jurídicos aplicables. 1.5 Los modelos de gestión de vivienda social. 2. La problemática del sinhogarismo (oculto). 2.1 Definición y *status quo*. 2.2 Normativa e instrumentos existentes. 2.3 Medidas estructurales, de tratamiento y de reacción. 3 Conclusiones. Bibliografía.

## 1. LA COMPLEJIDAD DEL SECTOR DE LA VIVIENDA SOCIAL EN ESPAÑA

### 1.1 Datos del sector

Las instituciones y la doctrina y academia, tanto a nivel nacional como internacional, indican que existe un escaso 2% de vivienda social en España (uno de los más bajos de la UE). Sin embargo, esta cifra es poco fidedigna. Por un lado, ha permanecido inmóvil desde hace años (ya se contemplaba para 1960) y, por otro, se ha ido obteniendo o bien de estudios anteriores o bien de bases de datos (ej. la Encuesta de Condiciones de Vivienda del INE) que no contemplan solamente la vivienda social (al incluirse también vivienda privada que se alquila por precio inferior al de mercado); además, tampoco incluye toda la vivienda social existente (las Comunidades Autónomas se dotan de programas que escapan de la tradicional figura de la vivienda protegida, como se verá) ni las 6,7 millones de viviendas protegidas en propiedad promovidas entre los años 1940 y 2011



(algunas ya descalificadas)<sup>(1)</sup>. A ciencia cierta, pues, no se sabe con exactitud cuanta vivienda social hay en España. Sin embargo, es cierto que las políticas de vivienda en España se han relacionado, históricamente, con políticas económicas, con la búsqueda de generación de empleo y de crecimiento de la economía familiar, ofreciendo a las familias la oportunidad de ser propietarias<sup>(2)</sup>. En consecuencia, a pesar de no poder cuantificar con exactitud este sector, sí es cierto que ha existido una tendencia a promover vivienda social en propiedad y no en alquiler.

Asimismo, a raíz de la crisis económica de 2007 nace la voluntad del legislador de incrementar, por todos los medios (primando la captación de vivienda vacía del mercado privado, a través de incentivos positivos y negativos), el parque permanente de vivienda social en España. Así lo reflejan las modificaciones y aprobaciones legislativas y normativa de los últimos diez años, por ejemplo, los Planes Estatales de Vivienda 2013-2016, 2018-2021 y 2022-2025, la LDV, los planes de vivienda o legislaciones autonómicas sobre vivienda o sobre medidas para garantizar el derecho a la vivienda, con algunos de los preceptos declarados inconstitucionales.

Así, la falta de datos y la existencia de una gran diversidad de programas de captación de vivienda vacía hacia el sector de la vivienda social (añadiendo la falta de conceptos unitarios que veremos) son dos de los aspectos que aportan complejidad a este sector de vivienda social. A estos se les suma: la gobernanza multinivel en materia de vivienda, en ámbitos estatal, autonómico y local (ver apartado 1.3); la temporalidad de los planes de vivienda y, por ende, de las actuaciones protegibles que allí se regulan, hecho que comporta una pluralidad de programas y diferentes regímenes jurídicos aplicables; la diversidad de entidades que promueven y gestionan vivienda considerada social, así como la diversidad de colectivos con necesidad de acceder a una vivienda, que puede ir desde personas con una capacidad económica media-baja que no pueden acceder al mercado privado sin sobreendeudarse, hasta los colectivos más vulnerables, como personas sin hogar, personas mayores, personas con diversidad funcional, personas inmigrantes o refugiadas, personas jóvenes, personas que sufren violencia de género o doméstica, etc. (perfiles cada vez más vulnerables, a causa de la concatenación de crisis desde 2007, con necesidades que van más allá de la oferta de una vivienda;)

---

(1) Véase todo el hilo de datos y estudios en LAMBEA LLOP, N. (2022), pp. 282 ss. El Boletín Especial de Vivienda Social 2024 establece que existe un parque de vivienda social de unas 318.000 viviendas, aunque solamente se tienen en cuenta las que son de alquiler y de titularidad pública; mientras que habla de un 3,3% de vivienda social, pero en este se incluyen más viviendas que solo las sociales, ya que engloba todas las viviendas en régimen de alquiler inferior al precio de mercado. Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana, DG de Vivienda y Suelo. *Observatorio de vivienda y suelo. Boletín Especial Vivienda Social*, 2024. p. 56.

(2) VÍNUESA ÁNGULO, J., y PALACIOS GARCÍA, A. J. (2008), p. 48 y ALGUACIL DENCHE, A. *et al.* (2013), pp. 51-52.

y otros aspectos que dificultan la gestión de este sector, como las dificultades administrativas en los procesos de adjudicación, la dispersión de las viviendas en el territorio, la acumulación de morosidad, los problemas de conflictividad o los elevados costes de mantenimiento del parque.

## 1.2 Distinción entre los conceptos de vivienda asequible, vivienda social y vivienda pública

No existe un concepto unitario a nivel internacional ni europeo de vivienda social<sup>(3)</sup>, pues su función y las variables que cada país adopta para definir esta tipología de vivienda son diversas: las formas de tenencia, la tipología de proveedores, las personas beneficiarias y las fuentes de financiación, entre otros<sup>(4)</sup>. A pesar de esta diversidad, la doctrina y las instituciones y organizaciones internacionales<sup>(5)</sup> resaltan dos elementos esenciales para poder distinguir la vivienda social de la vivienda del mercado privado. La primera es su asequibilidad o precio por debajo del precio de mercado. La segunda son los criterios de adjudicación, los cuales se establecen por normativa y se basan en la necesidad de vivienda de la población.

En España, el concepto de «vivienda social» se ha asociado, tradicionalmente, al de «vivienda de protección oficial» (VPO) o, más recientemente, al de «vivienda protegida». Sin embargo, existen actualmente otros programas que sin ser VPO o vivienda protegida, entrarían en el concepto de «vivienda social» entendido a nivel europeo (ver apartado 1.4). A ello se le suma la diversidad de conceptos y programas existentes en las diferentes Comunidades Autónomas (CCAA), al ser la vivienda competencia exclusiva de estas (ver apartado siguiente). Así, la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (LDV), trató de aportar un cierto marco conceptual armonizador; sin embargo, enmaraña aún más esta situación, ofreciendo nuevos conceptos (como el de vivienda asequible incentivada)<sup>(6)</sup> e ignorando la línea seguida a nivel europeo e internacional.

Finalmente, en ocasiones encontramos que los términos de «vivienda asequible» o «vivienda pública» se utilizan de manera conjunta o indistinta al de «vivienda social», a pesar de referirse a realidades distintas. Por un lado, la vivienda pública es simplemente aquella vivienda que es de titula-

(3) WHITEHEAD, C., y SCANLON, K. (2007), pp. 5-8 y HOUARD, N. (Ed.) (2011), p. 13.

(4) PITTINI, A., y LAINO, E. (2011), p. 22 y OCDE (2020), pp. 4 ss.

(5) PITTINI, A., y LAINO, E. (2011), p. 22; ROSENFELD, O. (2015); HAFFNER, M. *et al.* (2009), p. 4.

(6) El artículo 3 define el concepto de vivienda protegida, que divide entre vivienda social (incluyendo la vivienda dotacional pública y la vivienda social de emergencia) y vivienda de precio limitado (que no vuelve a aparecer en la ley) y el concepto de vivienda asequible incentivada; además de hablar del parque de vivienda y alojamiento del tercer sector. Los artículos 27 y siguientes regulan los parques públicos de vivienda.

ridad pública (existe vivienda social de titularidad privada). Por otro lado, el concepto de vivienda asequible es más amplio que el de vivienda social, pues cumple con el primer elemento esencial, el de la asequibilidad, que puede garantizarse por medio de instrumentos que vertebren el mercado de vivienda sin necesidad de contribución económica de la Administración (ej. estabilización de la renta o tenencias intermedias) o por medio de varias ayudas o incentivos públicos; pero por el contrario, no tiene por qué cumplir con el segundo criterio, el de la adjudicación. Por lo tanto, toda vivienda social es asequible, pero no toda vivienda asequible es vivienda social. El concepto de vivienda asequible, que en términos generales puede entenderse como aquella que permite «asegurar cierta calidad y/u otros estándares en la vivienda a un precio o alquiler que no imponga, a ojos de un tercero (generalmente el Gobierno), una carga irrazonable sobre los ingresos de la unidad familiar»<sup>(7)</sup>, ha ido adoptando un cariz más complejo y multidimensional<sup>(8)</sup>. A nivel científico, se identifican más de treinta aspectos que influyen en la asequibilidad de una vivienda<sup>(9)</sup>. Igualmente, para medir y evaluar esta asequibilidad, deben tenerse presentes principios de sostenibilidad, en su dimensión económica, social, cultural y medioambiental. Así, no solo nos referimos al precio de la vivienda (en su acceso y mantenimiento) y los ingresos de la unidad de convivencia, o en los otros gastos de esta, sino que también cabe contemplar aspectos como la adecuación y la ubicación de la vivienda y el acceso a instalaciones, servicios, ofertas laborales y transportes, velando y procurando también aspectos como la calidad de vida de la persona y la buena convivencia en el vecindario, la inclusión y el compromiso social, la igualdad de género, la no discriminación o la eficiencia energética, entre otros<sup>(10)</sup>. Muchos de los aspectos que inciden en la asequibilidad y la sostenibilidad de las viviendas tienen una dimensión multinivel y transversal, por lo que no pueden abordarse de manera aislada, y requieren de una política coordinada a varios niveles.

### 1.3 Las competencias multinivel y la diversidad terminológica

España es un Estado descentralizado (art. 2 CE) en el que las CCAA tienen competencia exclusiva en materias como lo es la vivienda (art. 148.1.3 CE); materia que todas ellas han adoptado en sus Estatutos de Autonomía. Asimismo, los ayuntamientos también tienen competencia en vivienda

(7) MACLENNAN, D., y WILLIAMS, R. (1990), p. 9. Traducción propia.

(8) HAFNER, M. E. A., y HULSE, K., *IJUS*, pp. 59-79.

(9) STEPHEN EZENNIA, I., y HOSKARA, S. O., *PLoS ONE*.

(10) UNECE (2015).

(art. 25.2.a LRBRL)<sup>(11)</sup>; y cabe añadir a las Diputaciones Provinciales, y en el caso de Cataluña, a los Consejos Comarcales, los cuales pueden encargarse de la gestión mancomunada de vivienda de los municipios más pequeños a través de convenios con las CCAA y los Ayuntamientos. Por lo tanto, vemos como la competencia en vivienda se divide en tres niveles: el estatal, el autonómico y el local. Esto conlleva a destacar tres aspectos.

El primero es que los objetivos y medidas de las políticas públicas en vivienda pueden variar entre las diferentes CCAA<sup>(12)</sup>, pues siguen sus propias leyes de vivienda y legislación en la materia y en sus planes de vivienda autonómicos (que pueden diferir o complementar los planes estatales). Estos Planes regulan las actuaciones protegibles (condiciones de construcción y adjudicación, otras actuaciones y programas financieros) y las modalidades de financiación pública y son, por lo tanto, los instrumentos principales para desarrollar las políticas de vivienda tanto a nivel estatal como autonómico. Inicialmente se regulaban solo a nivel estatal, desde el Plan Nacional de Vivienda 1961-1976<sup>(13)</sup>. Pero con la aprobación de la CE, las CCAA asumieron la competencia de vivienda y, aunque en un inicio se limitaban a administrar el parque público ya existente y a desarrollar los planes estatales<sup>(14)</sup>, poco a poco fue apareciendo una tendencia progresiva a la descentralización<sup>(15)</sup>, y los planes de vivienda autonómicos, que solían acompasarse con los planes estatales, dejaron de limitarse a complementarlos para regular, en algunos casos, tipologías de vivienda social propias<sup>(16)</sup>. Igualmente, los conceptos también han evolucionado a nivel estatal<sup>(17)</sup>, pasando de la «vivienda de protección oficial», a la «vivienda protegida» a incluso desaparecer este término en los últimos Planes Estatales de Vivienda (2018-2021 y 2022-2025).

El segundo aspecto se refiere a la falta de coordinación que incluso puede llevar a aprobar legislación de vivienda incoherente o contradictoria a varios niveles<sup>(18)</sup>, lo que conlleva inseguridad jurídica en este campo. Aquí

---

(11) En la materia de urbanismo, tienen competencia en «planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación».

(12) LEAL MALDONADO, J. (2011), p. 75.

(13) Ley 84/1961, de 23 de diciembre, sobre el Plan Nacional de la Vivienda para el periodo 1961-1976. *BOE* 28 de diciembre de 1961, núm. 310.

(14) VINUESA ÁNGULO, J., y PALACIOS GARCÍA, A. J. (2008), p. 2.

(15) MAS BADIA, M. D. (2014), p. 50.

(16) Sobre todo, a partir del Plan estatal de Vivienda 1996-1999, en el que se abrió la puerta para que las CCAA se insertasen en la financiación estatal con sus propias tipologías de vivienda protegida. IGLESIAS GONZÁLEZ, F. (2010), pp. 361-362.

(17) Ver la diversidad terminológica tanto a nivel estatal como autonómico en LAMBEA LLOP, N. (2022), pp. 100 ss.

(18) Estudios europeos destacan, precisamente, que parchear las leyes no funciona, así como tampoco la existencia de esta legislación contradictoria o incoherente multinivel. NASARRE AZNAR, S. (coord.) (2021), p. 135.

se destacan las numerosas sentencias del TC resolviendo cuestiones de competencia entre administraciones, puesto que la competencia a nivel autonómico y local debe respetar siempre las bases mínimas generales que dicta el Estado, principalmente en materia de igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de deberes constitucionales (art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE), de las bases de ordenación del crédito, banca y seguros (art. 149.1.11.<sup>a</sup> CE) y de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.<sup>a</sup> CE). A modo de ejemplo, destacamos la STC de 20 de julio de 1988<sup>(19)</sup>, referente a la competencia del Estado para publicar sus Planes estatales para regular actuaciones financiadas por fondos estatales por las competencias que le otorga la CE en su artículo 149.1 (puntos 1, 11 y 13 mayoritariamente); y todas las sentencias resolviendo recursos interpuestos contra legislación autonómica (más intrusiva) aprobada a raíz de las consecuencias de la crisis económica de 2007, ante la pasividad de regulación estatal, las cuales, en resumen y a modo genérico, declararon inconstitucionales las medidas que guardaban relación con la expropiación o el alquiler forzoso con el fin de evitar ejecuciones hipotecarias de los colectivos más vulnerables<sup>(20)</sup>. Algunos de los artículos de la LDV también fueron declarados inconstitucionales por la STC de 21 de mayo de 2024<sup>(21)</sup>, y hay siete recursos de inconstitucionalidad más pendientes de resolverse<sup>(22)</sup>. Los artículos que de momento se han declarado inconstitucionales se refieren a la regulación de la vivienda protegida y a las viviendas que integra los parques públicos de vivienda<sup>(23)</sup>, pues se interpreta que el Estado se excede de su competencia en la materia.

El último aspecto por resaltar es la diversidad terminológica ya mencionada, lo que junto con la dispersión regulatoria lleva a una falta de datos en este sector que dificulta el desarrollo de un trabajo coordinado o en red, mientras que, en ocasiones, crea duplicidades y lagunas en los servicios. Contar con datos que reflejen la realidad en este sector es imprescindible.

(19) STC 152/1988, de 20 de julio de 1988. *BOE* 24 de agosto de 1988, núm. 203.

(20) El TC argumenta que el hecho de que la normativa autonómica regule un nuevo mecanismo orientado a satisfacer una situación de necesidad ya regulada por normas estatales distorsiona la ordenación básica aprobada en virtud del artículo 149.1.13 CE, interfiriendo en el ejercicio legítimo que el Estado hace de sus competencias (en este caso, del artículo 149.1.13 CE) y menoscabando la plena efectividad de dicha competencia estatal. Así lo dispuso ya la STC de 14 de mayo de 2015 (FJ 18), y la siguen las SSTC de 22 de febrero de 2018 (FJ 13), de 12 de abril de 2018 (FJ 5), de 26 de abril de 2018 (FJ 4) y de 5 de julio de 2018 (FJ 3), entre otras.

(21) Sentencia 79/2024, de 21 de mayo de 2024. *BOE* 24 de junio de 2024, núm. 152.

(22) A octubre de 2024.

(23) Concretamente, son los artículos 16 (vivienda protegida), 27.1.3.º (listado de viviendas que integran los parques públicos de vivienda), 27.3 (destinar los ingresos provenientes de sanciones por incumplimiento de la función social de la propiedad de la vivienda al parque público de vivienda) y la Disposición Transitoria 1.<sup>a</sup> (viviendas calificadas con algún régimen de protección pública con anterioridad a la entrada en vigor de la ley).

dible para diseñar e implementar políticas públicas de vivienda que respondan a las necesidades reales de la población.

#### 1.4 Tipologías de vivienda social y regímenes jurídicos aplicables

A esa variedad conceptual que se acaba de exponer, se le añade la pluralidad de regímenes legales existentes, tanto por la normativa multinivel como por la temporalidad de los planes de vivienda (estatales y autonómicos); y es que cada vivienda se rige por la normativa que le otorgó las ayudas económicas, lo que supone una «cascada aplicativa de normas formal o materialmente derogadas»<sup>(24)</sup>; es decir, al no tener estas normas normalmente carácter retroactivo, esto genera una pluralidad de regímenes coexistentes, que se aplicarán dependiendo de la fecha de calificación de la vivienda. Así, «no es tarea sencilla [...] llegar a sistematizar coherentemente los diferentes tipos de viviendas protegidas existentes en España»<sup>(25)</sup>, lo que dificulta al operador jurídico el conocimiento del régimen jurídico de cada vivienda protegida. Esa dificultad y confusión en el sector se ve reflejada en las sentencias existentes al respecto (ej. SSAP 9 de mayo de 2016, 17 de abril de 2018, 20 de marzo de 2019, 29 de marzo de 2019, 12 de septiembre de 2019, 23 de septiembre de 2019, 12 de diciembre de 2019, 7 de febrero de 2020).

Anteriormente, la normativa que regulaba las actuaciones protegidas se regulaba de manera separada e independiente de la normativa de financiación de esas actuaciones<sup>(26)</sup>. Esa disociación se fue difuminando, hasta el punto de que desde hace ya años los Planes de vivienda incorporan ambos aspectos. Por lo tanto, no existe, hoy, una ley más o menos estable en el tiempo que permita conocer el régimen jurídico de una vivienda protegida. Y la LDV, lejos de ayudar a armonizar conceptos, añade una pléyade de términos (vivienda asequible, vivienda protegida, vivienda social, vivienda de precio limitado, alquiler social, vivienda asequible incentivada, etc.) que poco ayudan a la armonización y estructuración del sector de vivienda social. Además de haberse declarado inconstitucionales precisamente varios de los artículos que regulaban la vivienda protegida y las viviendas que integran el parque público de vivienda.

A todo ello, se le añade que atendiendo al concepto de «vivienda social» de corte europeo (vivienda que se ofrece por debajo del precio de mercado, o a precio asequible, y que sigue reglas de adjudicación establecidas por normativa que tienen en cuenta criterios de necesidad de vivienda), existe

(24) IGLESIAS GONZÁLEZ, F. (2010), p. 354.

(25) TEJEDOR BIELSA, J. (2010), p. 322.

(26) Por ejemplo, el RD 2960/1976, de 12 de noviembre o el RD Ley 31/1978, de 31 de octubre, desarrollado por RD 3148/1978, de 10 de noviembre.



mayor variedad de viviendas que entrarían en este concepto; sobre todo a raíz de las políticas de vivienda de los últimos años centradas principalmente en captar vivienda vacía del sector privado hacia el sector de la vivienda social. A modo de ejemplo, en Cataluña encontramos las viviendas provenientes de los programas de mediación para el alquiler social y el de cesión (arts. 16 y ss. D 75/2014, de 27 de mayo, del Plan para el derecho a la vivienda), las viviendas de inserción (art. 22 y ss. D 75/2014) y demás viviendas captadas por las entidades del tercer sector social, las captadas por programas como Reallotgem o el Programa 60/40 para destinarlas a las mesas de valoración de situaciones de emergencias económicas y sociales (art. 73 y ss. D 75/2014), los alojamientos dotaciones (art. 3.j Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda), etc. Esta Comunidad Autónoma contempla una definición de «viviendas destinadas a políticas sociales» (art. 74 Ley 18/2007), que engloba muchas de las viviendas mencionadas.

Ponce Solé constata que existe un «problema tradicional de las disposiciones en materia de vivienda, que han sido siempre dispersas, inconexas y, además, recogidas en normas reglamentarias»<sup>(27)</sup>. Asimismo, debe realizarse la inexistencia de normas especiales que aborden la compleja regulación de la administración y gestión de la vivienda social: las existentes en este ámbito, como la LAU, el CC, la LPH y la diversa normativa administrativa de las CCAA, no se encuentran planteadas para resolver posibles problemáticas existentes en el concreto campo de la vivienda social<sup>(28)</sup>.

## 1.5 Los modelos de gestión de vivienda social

Los modelos de gestión de vivienda social deben hacer frente a la complejidad del sector expuesta anteriormente. Así, a nivel europeo, se destaca el replanteamiento de los proveedores y gestores de vivienda social, para dar respuesta a los nuevos retos sociodemográficos, medioambientales y tecnológicos<sup>(29)</sup>, entre los que encontramos el incremento o pérdida de po-

(27) PONCE SOLÉ, J., *Informe comunidades autónomas*, p. 814.

(28) SANZ CINTORA, A. (coord.) (2012), p. 13. Por ejemplo, por lo que respecta a los arrendamientos de vivienda social, si bien existen límites en el establecimiento de las rentas, en cuanto a su régimen, estos se rigen por la LAU, y si bien la DA 1.ª de dicha Ley refleja una voluntad de tratar el tema, no existe ninguna concreción al respecto. En Cataluña, se estableció la necesidad de incluir el alquiler de viviendas sociales dentro del ámbito de la aplicación de un nuevo régimen de arrendamientos urbanos, dotándolo de un régimen especial. Así se estableció en la cuestión 1 de las Conclusiones a los Trabajos de la Comisión para la elaboración de unos criterios para un derecho de arrendamientos urbanos en Cataluña 17 de enero de 2017. Esos Principios seguían el mandato de la DF 6.ª de la Ley 4/2016, de 23 de diciembre; pero no se llegaron a desarrollar. Por su lado, en LAMBEA LLOP, N. (2022), pp. 561 ss., se propone un régimen especial para los alquileres sociales dentro de la LAU, con el fin de adaptarlo a las especificidades que presenta la gestión del parque de vivienda social, ofreciendo, por un lado, la flexibilidad suficiente a los gestores para evitar que busquen otras fórmulas más precarias y, por otro lado, una debida protección a los inquilinos sociales.

(29) PITTINI, A. (dir.) (2019), p. 39.



blación, el incremento de flujos migratorios y de población en riesgo de o en situación de exclusión residencial, el envejecimiento poblacional, el cambio climático y los retos en eficiencia energética, la brecha digital, etc. Se trata de incorporar aspectos como el de la salud, el trabajo, la inclusión, la gestión urbana, la movilidad, la eficiencia energética, la digitalización de los servicios y el acceso a la vivienda por medio de diferentes fórmulas (como las tenencias intermedias o el *Housing First*). Por lo tanto, la gestión de un parque de vivienda social va mucho más allá de gestionar viviendas; debe centrarse también en la gestión de las personas beneficiarias, a nivel individual, comunitario y también con su relación con el entorno. Esta visión entronca con las estrategias establecidas en la Nueva Agenda Urbana de las Naciones Unidas (Quito, Habitat III, 2016)<sup>(30)</sup>. Y la necesidad de adoptar estrategias a nivel de ciudad que permitan evitar la segregación y la discriminación residencial y que permitan fomentar la convivencia intergeneracional, la integración social y la creación de tejido comunitario son retos de futuro que también destaca el informe España 2050, en su 6.º desafío «promover un desarrollo territorial equilibrado, justo y sostenible»<sup>(31)</sup>. Además, los proveedores deben combinar y buscar el equilibrio entre 3 prioridades: la disponibilidad de vivienda (vivienda suficiente para responder a la demanda), la asequibilidad de la vivienda y la sostenibilidad (en temas de uso de la energía, materiales naturales para construcción, etc.)<sup>(32)</sup>.

A nivel internacional, hay gran diversidad en la tipología de entidades proveedoras de vivienda social. En términos generales, los parques gestionados solo por administraciones locales/regionales suelen asociarse a parques de menor tamaño, mientras que países donde predominan modelos de gestión privados sin ánimo de lucro (o de lucro limitado) cuentan con mayores parques de alquiler social<sup>(33)</sup>.

A nivel español, a pesar de que el parque de vivienda social se gestiona, principalmente, a través de organismos e instituciones públicas de ámbito local o autonómico, existe una pléyade de entidades que gestionan vivien-

---

(30) Entre estas, encontramos: a) impulsar la provisión de diferentes opciones de vivienda adecuada, segura, asequible y accesible por los diferentes grupos de población existente, teniendo en cuenta la integración socioeconómica y cultural de las diferentes comunidades y de la población más vulnerable, evitando la segregación; b) apoyar la elaboración de políticas de vivienda que permitan vincular la vivienda con la educación, el trabajo y la salud, para prevenir la exclusión y la segregación; y c) empoderar a la ciudadanía y a los colectivos más vulnerables para asegurar su participación efectiva en la adopción de decisiones sobre el desarrollo urbano y territorial.

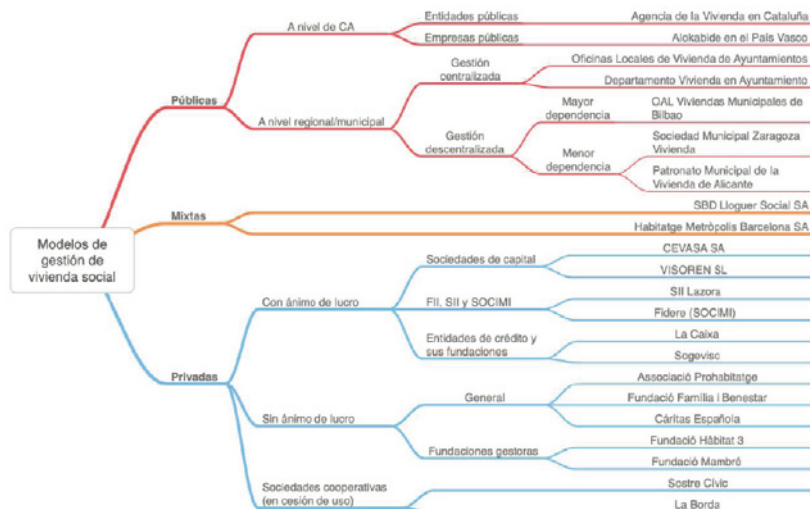
(31) Junto con otros como el de fomentar los marcos de colaboración público-privada para contribuir a una mejor gestión, el de plantear fórmulas alternativas de acceso a la vivienda tradicionales, como la propiedad compartida y temporal, y el de facilitar la accesibilidad universal y la movilidad residencial, entre otros. GOBIERNO DE ESPAÑA (2021), pp. 239 ss.

(32) HOUSING EUROPE, (2023), p. 17.

(33) OCDE (2024), *OECD Affordable Housing Database – indicator PH 4.2 Social rental dwellings stock*.

das consideradas como sociales, que divergen en su forma jurídica, en su objeto social, en su tamaño y en su ámbito de actuación territorial y sectorial. Se pueden distinguir, al menos, los siguientes modelos de gestión de vivienda social<sup>(34)</sup>: tres a nivel público, uno a caballo entre el sector público y el privado, y cuatro a nivel privado (ver Figura 1). A nivel público, encontramos el modelo de entidad o empresa a nivel de Comunidad Autónoma y otros dos modelos a nivel local o supramunicipal, uno más ligado a la corporación local y otro con personalidad jurídica propia. Luego tenemos el modelo mixto, empresas o sociedades en las que participan tanto entidades públicas como privadas. Y a nivel privado, existen entidades con ánimo de lucro y entidades sin ánimo de lucro, y de las segundas destacan las fundaciones creadas con el único objetivo de captar y gestionar parque de vivienda social, ya sea para ellas mismas o para otras entidades del tercer sector. Este modelo aparece, precisamente, de la necesidad de las entidades de dotarse de mayor conocimiento y habilidades en la compleja técnica de gestión de vivienda social. A pesar de esta gran diversidad de proveedores, España carece de un marco legal que armonice, unifique y regule las particularidades de todas ellas (la tendencia histórica de promover vivienda social en propiedad ha comportado la inexistencia, por falta de necesidad, de un marco legal común y funcional de gestión de vivienda social).

**Figura 1. Modalidades de gestión de vivienda social en España y algunos ejemplos**



**Fuente:** Lambea Llop, N. (2022), p. 353.

(34) LAMBEA LLOP, N. (2022), pp. 326 ss.

Por otro lado, la normativa y las políticas de vivienda a nivel español de los últimos años muestran un interés en fomentar la colaboración público-privada en el sector. Lo vemos, por ejemplo, en la LDV y en los últimos Planes estatales de Vivienda (2013-2016, 2018-2021 y el actual 2022-2025). También la Ley del Tercer Sector de Acción Social (Ley 43/25, de 9 de octubre) pretende, entre otras cuestiones, fomentar y reforzar el rol de estas entidades privadas sin ánimo de lucro en el campo de las políticas públicas sociales. Y el Informe España 2050 recalca la necesidad de contar con partenariados público-privados y de modelos similares a las *housing associations* para mejorar la gestión de un parque de vivienda social que debe ir en aumento. Además, la Administración pública ya colabora a la práctica con entidades privadas sin ánimo de lucro, con las que celebra contratos o convenios para transferir la gestión de viviendas o programas públicos (ej. Fundación Hábitat 3 o Asociación Provivienda). No obstante, el problema es que todas estas regulaciones han ido apareciendo de manera puntual y desordenada, por lo que carecen de uniformidad y de coherencia.

## 2. LA PROBLEMÁTICA DEL SINHOGARISMO (OCULTO)

### 2.1 Definición y *status quo*

El sinhogarismo es una problemática de difícil conceptualización, lo que dificulta poder calcular su dimensión real y total. No existe una definición jurídica común entre los Estados Miembro de la UE, ni tampoco una metodología estándar para cuantificar este fenómeno. Es por ello por lo que aportar números concretos y estudios comparativos claros y fidedignos entre países es complicado, aunque se estima que 895.000 personas duermen en la calle o viven en alojamientos para personas sin hogar en Europa<sup>(35)</sup>. Se trata de un fenómeno en aumento en casi todos los países.

A pesar de esa falta de consenso en cuanto a terminología y metodologías, FEANTSA (la Federación Europea de Organizaciones Nacionales que trabajan con Personas sin Hogar) adoptó en 2005 una definición amplia de sinhogarismo y exclusión residencial basada en los tres ámbitos que constituyen un hogar (físico, social y jurídico) y cuya ausencia puede conllevar un caso de sinhogarismo o de exclusión residencial<sup>(36)</sup>. No disponer de un

---

(35) FONDATION ABBÉ PIERRE y FEANTSA (2023), p. 24. El mismo estudio resalta que la metodología para extraer este número cuenta con sesgos y limitaciones, y que se trata de una cifra indicativa pero que de ningún modo refleja el número real de personas sin hogar y en exclusión residencial en Europa.

(36) EDGAR, B., y MEERT, H. (2005), p. 14.

hogar nos priva de poder ejercer otros derechos fundamentales, como la intimidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad; y nos excluye de poder formar parte de la sociedad y participar en ella. Esta Tipología europea de personas sin hogar y exclusión residencial (Tipología ETHOS)<sup>(37)</sup> agrupa las diversas circunstancias y casos en cuatro categorías conceptuales: personas sintecho (*roofless*) –dormir al raso o en albergues que permiten pernoctar una o pocas noches–, sin vivienda (*houseless*) –vivir en refugios o centros para mujeres, personas inmigrantes o refugiadas y personas con salida inminente de instituciones sin alternativa de vivienda–, con una vivienda insegura (*insecure housing*) –personas en riesgo de desahucio; que sufren acoso o violencia doméstica; que subalquilan sin consentimiento del propietario o están en precario; que okupan una vivienda– o con una vivienda inadecuada (*inadequate housing*) –vivir en chabolas y otras estructuras no permanentes consideradas infravivienda; en viviendas en estado ruinoso o con falta de suministros básicos; en condiciones de hacinamiento–. Estas categorías conceptuales se dividen, a su vez, en 13 categorías operacionales. La Tipología ETHOS está ampliamente aceptada en el ámbito científico y se utiliza para la recopilación de datos y para la elaboración, seguimiento y evaluación de políticas. Asimismo, en 2007 se desarrolló la versión «ETHOS Light», con el fin de simplificar la versión más extensa y compleja<sup>(38)</sup>.

La misma incertidumbre en cuanto a terminología, metodologías de cálculo y datos existen en España, aunque desde hace unos años existen instrumentos que ofrecen ciertas definiciones (véase apartado siguiente). Igualmente, la LDV regula legalmente (art. 3.I), por vez primera a nivel nacional, el concepto de sinhogarismo como la «*circunstancia vital que afecta a una persona, familia o unidad de convivencia que no puede acceder de manera sostenida a una vivienda digna y adecuada en un entorno comunitario y aboca a las personas, familias o unidades de convivencia que lo sufren a residir en la vía pública u otros espacios públicos inadecuados, o utilizar alternativas de alojamiento colectivo institucionalizado de las diferentes administraciones públicas o de entidades sin ánimo de lucro, o residir en una vivienda inadecuada, temporal o no, inapropiada o masificada, en una vivienda insegura, sin título legal, o con notificación de abandono de la misma, o viviendo bajo amenaza de violencia*». Esta definición más completa se añadió precipitadamente en la versión final del Proyecto de Ley, modificando una definición imprecisa que excluía la mayoría de las

(37) Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.feantsa.org/en/toolkit/2005/04/01/ethos-typology-on-homelessness-and-housing-exclusion> (último acceso 5 de septiembre de 2024).

(38) EDGAR, B. *et al* (2007), p. 66.

circunstancias dentro de las categorías de vivienda insegura e inadecuada de la Tipología ETHOS; la redacción finalmente regulada en la Ley incluye una definición más amplia (aunque algo caótica), más alineada con esa Tipología ETHOS.

En España, los datos en materia de sinhogarismo se recogen, principalmente, mediante la Encuesta de personas sin hogar del INE<sup>(39)</sup>; esta se publica en intervalos irregulares (2005, 2012 y 2022) y además solo incluye a las personas usuarias de centros asistenciales de alojamiento y/o restauración ubicados en municipios de más de 20.000 habitantes (cubriendo únicamente parte de las primeras categorías ETHOS). La Encuesta de 2022 refleja que 28.552 personas sin hogar fueron atendidas en estos centros, un 24,5 % más que en 2012. Predominan los hombres (76,7 %), aunque hay un aumento progresivo de mujeres (17,3 % en 2005 y 23,3 % en 2022), la edad media es de 42,9 años, y existe una sobrerrepresentación de la población extranjera (49,9 % de las personas sin hogar).

Empezar de cero tras llegar de otro país (28,8 %), perder el trabajo (26,8 %) y haber sido desahuciado de la vivienda (16,1 %) son los principales motivos para convertirse en una persona sin hogar en España, según el INE (2022)<sup>(40)</sup>. Los resultados han variado ligeramente respecto al 2012, cuando perder el empleo (45 %), carecer de recursos económicos para pagar la vivienda (26 %) y experimentar una ruptura sentimental (20,9 %) eran los factores determinantes<sup>(41)</sup>. En cualquier caso, vemos que los motivos principales para quedarse sin hogar se relacionan con problemáticas estructurales: la inmigración; el desempleo o el trabajo precario o inestable; la vivienda y las rupturas sentimentales<sup>(42)</sup>. Además, prevalecen los problemas directamente relacionados con la vivienda, los cuales han ido en aumento (entre 2005 y 2022): desahucio de vivienda (del 7,9 % al 16,1 %); falta de recursos económicos para pagar el alojamiento (del 11,4 % al 14,7 %) y rescisión del contrato de alquiler (del 3,4 % al 8 %).

(39) Se complementa con la Encuesta de centros y servicios de atención a las personas sin hogar, disponible en [https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica\\_C&cid=1254736176925&menu=ultiDatos&idp=1254735976608](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736176925&menu=ultiDatos&idp=1254735976608) (último acceso 9 de septiembre de 2024).

(40) INE. Encuesta sobre las personas sin hogar, 2022. Disponible en [https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176817&menu=ultiDatos&idp=1254735976608](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176817&menu=ultiDatos&idp=1254735976608) (último acceso 9 de septiembre de 2024).

(41) Aunque cabe destacar que el principal motivo en 2022 (tener que empezar de cero tras llegar de otro país) no se contemplaba como opción en el cuestionario de 2012.

(42) Casi dos millones entre 2005 y 2021, siguiendo datos del INE 2023, disponible en (último acceso 9 de septiembre de 2024). NASARRE AZNAR, S., y GARCIA TERUEL, R. M., (2018, p. 316) destacan, por un lado, que la nulidad, separación o divorcio (también en parejas de hecho o legales) suelen conllevar la pérdida de la posesión de la vivienda familiar para uno de los cónyuges, mientras que el divorcio es causa importante de impago de la vivienda, al tener que pagar, el cónyuge que abandona la vivienda familiar la hipoteca de la misma, más la compensación alimenticia al otro cónyuge, la manutención de los hijos y otras compensaciones.

De hecho, la mayoría de las personas sin hogar considera que tener una vivienda o habitación (82 %) o un trabajo (78 %) les ayudaría a superar su situación de sin hogar<sup>(43)</sup>.

Por otro lado, la parte más visible de las personas sin hogar (*roofless*) suele computarse mediante recuentos nocturnos (y censos) realizados periódicamente en diferentes municipios. El resultado actual da una estimación de 5.385 personas durmiendo en la calle en España<sup>(44)</sup>, aunque ese resultado no está exento de complejidad y es parcial: solo algunos municipios cuentan con estos recuentos y, además, las metodologías pueden diferir<sup>(45)</sup>.

Sin embargo, los números anteriores solo reflejan el eslabón más visible (la punta del iceberg) de una realidad mucho mayor, con situaciones de sinhogarismo oculto y exclusión residencial más difícil de identificar y contabilizar. Algunas de ellas, incluso, las hemos «normalizado» hasta cierto punto, sobre todo en grandes ciudades<sup>(46)</sup>, y son fruto del imparable proceso mundial de crecimiento urbano (*urbanisation*)<sup>(47)</sup>, con un contexto de desempleo y precariedad laboral, una falta de vivienda asequible y social en las zonas urbanas y una deficiente política de cohesión territorial. Situaciones de hacinamiento, infravivienda o vivir en viviendas sin las condiciones de habitabilidad o con barreras arquitectónicas (vivienda inadecuada), compartir piso con familiares, amigos, desconocidos u otras fórmulas vestidas de economía colaborativa (casos de «coliving») cuando se imponen por no poder acceder a una vivienda de manera asequible o personas que viven en viviendas realquiladas sin consentimiento del arrendador o propietario (vivienda insegura). Por su lado, el VIII Informe de la Fundación Foessa<sup>(48)</sup> estima en más de 4 millones y medio las personas que se encuentran en una situación de vivienda inadecuada y en más de 2 millones las que se encuentran en viviendas inseguras.

Finalmente, destacar que la transición del desahucio al sinhogarismo está estrechamente vinculada a la disponibilidad de apoyo personal, social y financiero y de recursos, así como a la rápida provisión de opciones de

(43) INE. Encuesta a las personas sin hogar. Año 2022. Notas de prensa, 19 de octubre de 2022, p. 10.

(44) Datos extraídos de la web de Arrels Fundació, disponible en <https://www.arrelsfundacio.org/es/personas-sin-hogar/problematika/espana/> (último acceso 9 de septiembre de 2024).

(45) Existe una propuesta de metodología común para el análisis de las situaciones de exclusión residencial en España, especialmente centrada en los recuentos nocturnos. Su objetivo es fomentar estos recuentos entre las regiones y ciudades españolas y desarrollar una metodología común para armonizar y comparar los datos. MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030 (2021).

(46) Véase algunas de estas situaciones en CABALLÉ FABRA, G. *et al* (2020).

(47) NASARRE AZNAR, S. (coord.) (2021), p. 133.

(48) FERNÁNDEZ MAÍLLO, G. (coord.) (2019), p. 252 y ARRONDO SEGOVIA, M., y BOSCH MEDA, J. (2019), p. 29.



realojamiento<sup>(49)</sup>. En definitiva, la falta de vivienda es un problema complejo y polifacético, y el desahucio suele ser (solo) parte de una cadena de acontecimientos que acaban desembocando en ella.

## 2.2 Normativa e instrumentos existentes

El sinhogarismo es un fenómeno complejo y multidimensional que tiene un impacto transversal en muchos ámbitos, entre los que encontramos la vivienda, la economía, el empleo, la sanidad, la asistencia social, la educación, la política migratoria o la protección de los consumidores. Sin embargo, España carece de legislación específica y especial para esta materia, que le dé un enfoque holístico y aborde de manera coordinada estos ámbitos, teniendo además presente las competencias multinivel existentes. Así, por ejemplo, es competencia estatal la regulación de las condiciones básicas para garantizar la igualdad para ejercer derechos y cumplir los deberes constitucionales, inmigración, extranjería y derecho de asilo, la legislación laboral, la civil (sin perjuicio de derechos civiles, forales o especiales donde existan) y la planificación de las bases de la actividad económica. Es competencia autonómica la ordenación del territorio, el urbanismo, la vivienda, la asistencia social y la sanidad, y a nivel municipal se evalúan las necesidades sociales y se presta atención inmediata a las personas en situación o riesgo de exclusión social y también se ejerce competencia en materia de planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística, de promoción y gestión de la vivienda de protección pública y conservación y rehabilitación de los edificios<sup>(50)</sup>.

Los primeros eslabones del sinhogarismo (personas sintecho y algunas situaciones de sin vivienda) se han abordado, tradicionalmente, desde el ámbito de servicios sociales y, sobre todo, a nivel local, siguiendo un modelo de escalera (*staircase*) y no de acceso a la vivienda (*housing-led*)<sup>(51)</sup>, ofreciendo alojamiento temporal, manutención, higiene, asistencia social especializada y asistencia en materia de ayudas públicas, entre otros.

La Estrategia Nacional Integral para Personas sin Hogar 2015-2020 fue el primer instrumento nacional en ofrecer un marco integral de actuación para abordar la problemática de las personas sin hogar. Su implementación fue deficiente, pero, debido a la carencia de datos para dimensionar

(49) KENNA, P. ET AL (eds) (2016), p. 8.

(50) Véase artículos 148 y 149 CE y artículo 25 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (BOE 3 de abril de 1985, núm. 80).

(51) FERNÁNDEZ EVANGELISTA, G. (2016), pp. 257-287.



la problemática, la mezcla de conceptos (implica confusión en la alineación objetivos-medidas), la ausencia de un liderazgo claro y la falta de implicación por parte de las diferentes administraciones (y falta de coordinación y colaboración entre ellas); así como la falta de prioridad política, falta de presupuesto y de compromiso financiero para su ejecución<sup>(52)</sup>. Sin embargo, supuso un marco de referencia para las CCAA y entidades locales para la orientación de acciones para abordar esta problemática<sup>(53)</sup>. En 2023 se aprobó la Estrategia Nacional para la lucha contra el *sinhogarismo* en España 2023-2030.

A nivel legal, en el ámbito de la vivienda, ya se ha mencionado la definición que contempla la LDV, además de mencionar al *sinhogarismo* expresamente como situación de especial vulnerabilidad y marcar unas líneas generales de actuación para las administraciones competentes (art. 14). A nivel autonómico, algunas CCAA incluyen expresamente a las personas sin hogar en sus Leyes de Vivienda, como el País Vasco o Cataluña, definiendo la cuestión como una situación de exclusión residencial y contemplándolas como beneficiarias de determinados programas de vivienda o alojamiento<sup>(54)</sup>. Además, si consideramos el concepto amplio de *sinhogarismo* y exclusión residencial de la Tipología ETHOS, España ha aprobado, como consecuencia de la crisis económica de 2007 y la concatenación de crisis posteriores (COVID-19, Ucrania), un gran número de normativa centrada en los colectivos más vulnerables (tanto a nivel nacional como autonómico), en las que se adoptan medidas como: suspensiones de desahucios por impago de hipoteca o alquiler (o incluso por okupación), alquileres sociales forzosos, expropiaciones de viviendas para destinar a vivienda social, ayudas al alquiler y otras ayudas públicas, control de renta, bonos de descuento de electricidad, reestructuración o negociación de la deuda, etc. La mayoría son medidas reactivas a corto plazo, algunas fueron declaradas inconstitucionales y muy pocas aportan datos fiables sobre la idoneidad de las medidas reguladas ni incorporan cálculos de coste-beneficio o mecanismos para su evaluación *ex post*<sup>(55)</sup>. El resultado es una legislación incoherente a varios niveles que genera inseguridad jurídica y no aporta medidas estructurales para abordar el problema de la vivienda.

---

(52) INSTITUTO PARA LA EVALUACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS (2020), pp. 118 ss.

(53) A modo de ejemplo de algunos gobiernos regionales y locales que han aprobado sus propios planes estratégicos: la Comunidad de Madrid (2016-2021), el País Vasco (2018-2021) y Galicia (2019-2023) a nivel regional y Madrid (2015-2020), Barcelona (2016-2020), Las Palmas de Gran Canaria (2017-2021) o Zaragoza (2018) a nivel local.

(54) Alojamientos dotacionales y viviendas de inserción (arts. 3.j y 70 Ley 18/2007, de 28 de diciembre) en Cataluña y alojamientos dotacionales (art. 23 Ley 3/2015, de 18 de junio) en el País Vasco.

(55) GARCIA TERUEL, R. M., y NASARRE AZNAR, S., *RCDI*, p. 205.

A pesar de que la competencia y responsabilidad para abordar este fenómeno recae en los gobiernos nacionales, regionales y locales, el artículo 3.3 del Tratado de la UE establece que La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación. Así, la UE fomenta y apoya políticas para abordar el sinhogarismo, que incluye en el Semestre europeo y en programas de financiación. El Principio 19 del Pilar Europeo de Derechos Sociales regula la necesidad de proporcionar acceso a una vivienda social o ayudas a una vivienda de calidad, derecho a asistencia y protección adecuadas frente a desalojos forzados y alojamiento y servicios adecuados para lograr la inclusión social entre las personas sin hogar. Así, las resoluciones del Parlamento Europeo 24 de noviembre de 2020 sobre cómo abordar el porcentaje de personas sin hogar en la UE y de 21 de enero de 2021 sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos piden a la Comisión Europea una iniciativa coordinada y medidas efectivas para combatir el sinhogarismo. Finalmente, la Declaración de Lisboa sobre la Plataforma Europea para combatir el sinhogarismo 21 de junio de 2021 es un punto de partida para la creación de esta Plataforma y recoge una serie de compromisos asumidos por las instituciones europeas, nacionales, locales, y las entidades sociales para poner fin al sinhogarismo antes del 2030.

### 2.3 Medidas estructurales, de tratamiento y de reacción

A la hora de abordar la problemática del sinhogarismo y la exclusión residencial, es importante no centrarse únicamente en medidas reactivas (una vez se ha producido el desahucio), sino fomentar medidas estructurales y de tratamiento para lograr una intervención integral contra este fenómeno<sup>(56)</sup>. Las medidas de prevención, tratamiento y reacción combinadas pueden funcionar eficazmente<sup>(57)</sup>. Igualmente, las medidas estructurales pueden ser más costosas a corto plazo, pero acaban siendo menos costosas a medio y largo plazo (gasto en recursos y servicios de pernoctación, gasto en servicios sanitarios). Por no hablar del coste para la salud física y mental de la persona que sufre esta situación.

En España, son medidas estructurales para hacer frente a esta problemática: la oferta de tenencias intermedias (como la propiedad compartida y temporal en Cataluña) para crear un *continuum* de tenencias para acceder a la vivienda, las diferentes medidas e incentivos positivos

---

(56) KENNA, P. *et al* (eds) (2016), pp. 110 ss.

(57) NASARRE AZNAR, S. (2020), p. 334.

para captar viviendas vacías privadas al sector de la vivienda social, el reconocimiento legal del derecho subjetivo a la vivienda (art. 6.2 Ley 3/2015 de vivienda del País Vasco) y los preceptos de la legislación en materia de propiedad horizontal centrados en eliminar las barreras arquitectónicas para personas mayores y con discapacidad. Las medidas de tratamiento (centradas en personas con riesgo de quedarse sin hogar) pueden encontrarse en diferentes fases: antes del impago, después del impago pero antes de presentar una demanda judicial, después de presentar dicha demanda o una vez dictada la sentencia. España cuenta con diferentes medidas: prestaciones (de emergencia) en materia de vivienda, descuentos en la factura de la luz (e incluso la prohibición de cortar los servicios a los consumidores vulnerables), asesoramiento y orientación en materia de vivienda, servicios de mediación, asistencia jurídica para defenderse de las demandas judiciales de desahucio, interacción entre tribunales y servicios sociales y posible suspensión de los procedimientos de desahucio, etc. En este punto, cabe destacar también el papel preventivo desempeñado por notarios y registradores de la propiedad (antes del impago), así como el apoyo recibido por parte del entorno familiar (después del impago y/o desahucio)<sup>(58)</sup>. Finalmente, como medidas reactivas existentes en España, las cuales son clave para mitigar los posibles daños causados cuando ya se ha producido un desahucio, destacamos: los ingresos mínimos inembargables (art. 607 LEC), las que buscan un realojamiento rápido (más allá de albergues, hostales y alojamientos temporales, destacar las mesas de valoración de situaciones de emergencias económicas y sociales, para adjudicar vivienda social a los colectivos más vulnerables, como las personas sin hogar)<sup>(59)</sup> y la introducción de Programas *Housing First*. Además, destacan también la elaboración e implementación de Planes estratégicos para las personas sin hogar a nivel nacional, regional y local, los recuentos y censos de personas sintecho y/o sin vivienda y la existencia de Redes de atención integral para las personas sin hogar (ej. en Barcelona y Tarragona), que permiten el trabajo conjunto a nivel público, del tercer sector y académico, para abordar la complejidad del fenómeno del sinhogarismo<sup>(60)</sup>.

---

(58) NASARRE AZNAR, S. (2020), p. 333.

(59) La falta de parque de vivienda social conlleva largas listas de espera, por lo que se están creando nuevos Programas que permiten a las administraciones competentes arrendar viviendas privadas (que además también se utilizan para evitar desalojos inminentes de hogares vulnerables).

(60) Véase ejemplos de los tres niveles de medidas (estructurales, de tratamiento y de reacción) en España en LAMBEEA LLOP, N. (2024), pp. 118 ss.

### 3. CONCLUSIONES

A pesar de no existir un concepto unitario a nivel internacional ni europeo de vivienda social, las instituciones y organizaciones internacionales destacan dos elementos esenciales: 1. El precio por debajo del de mercado (precio asequible) y 2. Criterios de adjudicación establecidos por normativa y que se basan en la necesidad de vivienda de la población. Atendiendo a estos dos criterios, existen en España una gran diversidad de tipologías de vivienda que se consideran sociales (sobre todo a raíz de los programas de captación de vivienda privada vacía hacia el sector de vivienda social), que van más allá de la vivienda protegida. El hecho de carecer, España, de un concepto común (carencia que no resuelve la LDV) y de disponer de una variedad terminológica debido tanto a la temporalidad de los planes de vivienda como a la competencia de las CCAA en esta materia (las cuales han creado tipologías de vivienda social propias), impide poder conocer, a ciencia cierta, cuánta vivienda social existe.

Precisamente la competencia multinivel en materia de vivienda es otro de los aspectos que aporta confusión al sector (en teoría las CCAA tienen competencia exclusiva en esta materia, pero el Estado puede fijar líneas generales gracias a materias conexas), no solo por existir terminología y políticas públicas que pueden variar entre las CCAA, sino por la inseguridad jurídica que crea el complejo entramado de legislación y normativa a nivel estatal y autonómico que puede llegar a ser incoherente o contradictorio entre ellas y que ha sido objeto de varios recursos de inconstitucionalidad (con algunos de los preceptos declarados inconstitucionales).

A la diversidad terminológica y diversidad de regímenes legales, así como a la competencia multinivel, se le añaden la pluralidad de colectivos con necesidad de acceder a una vivienda, con cada vez un mayor porcentaje de colectivos muy vulnerables con necesidades complejas. Todo ello supone un reto a la hora de gestionar este parque, además de los nuevos retos sociodemográficos, medioambientales y tecnológicos y la necesidad de equilibrar disponibilidad de vivienda con su asequibilidad y sostenibilidad. Ante esta complejidad de gestión, España carece de un marco legal común y específico para los proveedores de vivienda social, que además son de una gran diversidad en cuanto a la naturaleza jurídica, tamaño, objeto social y ámbito de actuación territorial y sectorial. Y aunque siguen predominando los organismos e instituciones públicos de ámbito autonómico o local, la normativa y las políticas de vivienda de los últimos años muestran un interés mayor por fomentar la colaboración público-privada en el sector.

El sinhogarismo es una evidencia visible del fracaso de las políticas de vivienda y también de otras políticas sociales, y es una problemática en aumento a nivel de la UE, a pesar de no contar con datos concretos



ni con una nomenclatura armonizada. Aun así, tomamos como referencia la Tipología ETHOS de Feantsa, ampliamente aceptada en el ámbito científico a nivel europeo, y que cuenta con un concepto amplio de sinhogarismo y exclusión residencial, englobando situaciones sin techo, sin hogar, vivienda inadecuada y vivienda insegura. En España, el sinhogarismo empieza a estar en la agenda pública. Algunas legislaciones nacionales y autonómicas han empezado a mencionarlo expresamente, mientras que aparecen Estrategias Integrales a diferentes niveles para abordar este fenómeno. Sin embargo, aún no se ha definido un concepto jurídico claro y los datos son limitados y fragmentados, no revelando toda la magnitud del problema. Más allá de otros problemas estructurales relacionados con el sinhogarismo (como el desempleo, la precariedad laboral, las rupturas sentimentales o la legislación en materia de inmigración) y de la superación del modelo de «escalera» (*staircase*) en el ámbito de los servicios sociales, las medidas de tratamiento y reacción en el ámbito de la vivienda deben combinarse con medidas estructurales para abordar de manera eficaz esta problemática. Además, estamos ante un fenómeno complejo y multidimensional, que tiene un impacto transversal en muchos ámbitos, por lo que requiere de estrategias que tengan en cuenta esa transversalidad y que permitan coordinar no solo los diferentes departamentos, sino las administraciones de distintos niveles.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALGUACIL DENCHE, A. *et al.*, *La vivienda en España en el siglo XXI. Diagnóstico del modelo residencial y propuestas para otra política de vivienda*, Madrid, 2013.
- ARRONDO SEGOVIA, M., y BOSCH MEDA, J., *Documento de trabajo 3.3. La exclusión residencial en España*, en el VIII Informe Foessa, Madrid, 2019.
- CABALLÉ FABRA, G. *et al.*, *L'habitatge compartit a Barcelona i la seva adequació als estàndards internacionals*, Barcelona, 2020.
- EDGAR, B. *et al.*, *Measurement of homelessness at European Union level*, Bruselas, 2007.
- EDGAR, B., y MEERT, H., *Fourth Review of Statistics on Homelessness in Europe. The ETHOS Definition of Homelessness*, Bruselas, 2005.
- FERNÁNDEZ EVANGELISTA, G., *El acceso a la vivienda social de las personas sin hogar*. Tesis doctoral, Barcelona, 2016.
- FERNÁNDEZ MAÍLLO, G. (coord.), *VIII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España 2019*, Madrid, Fundación Foessa, 2019.
- FONDATION ABBÉ PIERRE y FEANTSA, *Eighth Overview of Housing Exclusion in Europe 2023*, 2023.



- GARCIA TERUEL, R. M., y NASARRE AZNAR, S., «Quince años sin solución para la vivienda. La innovación legal y la ciencia de datos en política de vivienda», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 789, 2022, pp. 183-223.
- GOBIERNO DE ESPAÑA, *España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*, Madrid, 2021.
- HAFFNER, M. *et al.*, «Bridging the gap between social and market rented housing in six European countries?», *Housing and Urban Policy Studies*, 33, 2009.
- HAFFNER, M. E. A., y HULSE, K., «A fresh look at contemporary perspectives on urban housing affordability», *International Journal of Urban Sciences*, 25(sup1), 2021, pp. 59-79.
- HOUARD, N. (Ed.), *Social housing across Europe*, 2011.
- HOUSING EUROPE, *The State of Housing in Europe 2023*, 2023.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, F., «La planificación de la vivienda protegida», en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Madrid, 2010, pp. 349-381.
- INSTITUTO PARA LA EVALUACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS, *Evaluación intermedia de la Estrategia Nacional Integral para Personas Sin Hogar (2015-2020). Informe final*, Madrid, 2020.
- KENNA P. *et al.* (eds.), *Pilot Project – Promoting protection of the right to housing. Homelessness prevention in the context of evictions*, Bruselas, 2016.
- LAMBEA LLOP, N., *La gestión de la vivienda social en clave europea*, Valencia, 2022.
- LAMBEA LLOP, N., «Homelessness and hidden homelessness in Spain: tackling a somewhat unknown yet increasing phenomenon», en BEVAN, C. (dir.), *International Handbook on Law, Policy & Homelessness*, Abingdon y Nueva York, 2024, pp. 109-125.
- LEAL MALDONADO, J., «Social housing and policy in Spain», en HOUARD, N. (ed.) *Social Housing across Europe*, París, 2011, pp. 71-84.
- MACLENNAN, D., y WILLIAMS, R., *Affordable housing in Britain and America*, York, 1990.
- MAS BADIA, M. D., *Problemas de valoración y precio en las viviendas de protección oficial. Compraventa, arrendamiento, ejecución judicial, liquidación de sociedad de gananciales, partición de herencia y división de cosa común*. Valencia, 2014.
- MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030, *Propuesta de una metodología común para el análisis de las situaciones de exclusión residencial en España: Los recuentos nocturnos de personas sin hogar*, Madrid, 2021.
- MINISTERIO DE VIVIENDA Y AGENDA URBANA, DG DE VIVIENDA Y SUELO.Observatorio de vivienda y suelo. *Boletín Especial Vivienda Social*, 2024.
- NASARRE AZNAR, S. (coord.), *Concrete actions for social and affordable housing in the EU*, The Foundation for European Progressive Studies, 2021.
- NASARRE AZNAR, S., *Los años de la crisis de la vivienda. De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa*, Valencia, 2020.
- NASARRE AZNAR, S., y GARCIA TERUEL, R. M., «Evictions and homelessness in Spain 2010-2017» en KENNA, P. ET AL (eds.), *Loss of homes and evictions across Europe. A comparative legal and policy examination*, Cheltenham y Northampton, 2018.



- OCDE, *Social housing: A key part of past and future housing policy*, Employment, Labour and Social Affairs Policy Briefs, 2020.
- OCDE, *OECD Affordable Housing Database – indicator PH 4.2 Social rental dwellings stock*, 2024.
- PITTINI, A. (dir.), *The State of Housing in the EU 2019*, Bruselas, 2019.
- PITTINI, A., y LAINO, E., *Housing Europe Review 2012. The nuts and bolts of European social housing systems*, 2011.
- PONCE SOLÉ, J., «Algunas reflexiones sobre la competencia en materia de vivienda y las tendencias actuales en su ejercicio», *Informe comunidades autónomas*, núm. 2004, 2004, pp. 800-822.
- ROSENFELD, O., *Social Housing in the UNECE Region. Models, Trends and Challenges*, Naciones Unidas, Ginebra, 2015.
- SANZ CINTORA, A. (coord.), *Diagnóstico 2012. La gestión de la vivienda pública de alquiler*, 2012.
- STEPHEN EZENNIA, I., y HOSKARA, S. O., «Methodological weaknesses in the measurement approaches and concept of housing affordability used in housing research: a qualitative study», *PLoS ONE*, 4(8), 2019.
- TEJEDOR BIELSA, J., «Régimen jurídico general de la vivienda protegida», en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Madrid, 2010, pp. 309-347.
- TEJEDOR BIELSA, J., «A vueltas con las competencias sobre vivienda y la estabilidad del sistema financiero», *La ley digital*, núm. 2538, 2018, pp. 1-11.
- UNECE, *The Geneva UN Charter on Sustainable Housing*, E/ECE/1478/Rev.1, 2015.
- VINUESA ANGULO, J., y PALACIOS GARCÍA, A. J., «Marco normativo y organizativo», en MOYA GONZÁLEZ, L. (ed.), *VSE La vivienda social en Europa. Alemania, Francia y Países Bajos desde 1945*, Madrid, 2008, pp. 39-73.
- WHITEHEAD, C., y SCANLON, K., *Social housing in Europe*, Londres, 2007.

## F. Sujetos. Colectivos (vulnerables/ menores). Grandes tenedores\*

**Nicolás Alejandro Guillén Navarro**  
*Profesor Ayudante Doctor (acreditado TU)*  
*de Derecho administrativo*  
*Universidad de Zaragoza*  
*nicolasg@unizar.es*

**Resumen:** *Las políticas de vivienda españolas han experimentado una interesante evolución en favor de la protección habitacional de diferentes colectivos que presentan dificultades en el acceso a un alojamiento digno y adecuado. En este sentido, la vulnerabilidad social y económica se sitúa como un elemento clave en el conjunto de medidas y objetivos proteccionistas llevadas a cabo en los últimos años. Por otra parte, resulta interesante el análisis de la figura del gran tenedor y su relación con estos colectivos en un momento en el que hay un gran número de viviendas deshabitadas hecho que contrasta con el aumento de personas con dificultades en el acceso a una*

---

\* Trabajo realizado en el grupo de investigación reconocido por el Gobierno de Aragón ADESTER (Derecho Administrativo de la Economía, la Sociedad y el Territorio), proyecto S22\_23R (BOA núm. 80 de 28/04/2023).



*vivienda. En este estudio se analizarán todos estos aspectos, dando una visión global de la problemática asociada.*

**Palabras clave:** *VPO, vivienda protegida, jóvenes, alquiler, vivienda.*

**ABSTRACT:** *Spanish housing policies have experienced an interesting evolution in favor of housing protection for different groups that have difficulties in accessing decent and adequate accommodation. In this sense, social and economic vulnerability is a key element in the set of protectionist measures and objectives carried out in recent years. On the other hand, the analysis of the figure of the large property holder and its relationship with these groups is interesting at a time when there is a large number of uninhabited homes, a fact that contrasts with the large number of people with difficulties in accessing housing. In this study all these aspects will be analyzed, giving a global vision of the associated problems.*

**Keywords:** *Subsidized housing, public housing, young people, rental, housing.*

**Sumario:** 1. Colectivos prioritarios en el ámbito de las políticas de vivienda españolas: la vulnerabilidad como eje central. 1.1 Análisis del concepto vulnerabilidad, situaciones e incidencia. Vulnerabilidad económica. Vulnerabilidad sobrevenida. 1.2 Personas sin hogar, chabolismo e infravivienda. Víctimas de violencia de género. 1.3 Menores. Jóvenes. Personas mayores. Personas con discapacidad. 2. Grandes tenedores. 2.1 Concepto. 2.2 Obligaciones: inscripción registro; colaboración y suministro de información de los grandes tenedores en zonas de mercado residencial tensionado. Derechos de tanteo. Impuesto sobre grandes tenedores. 2.3 Grandes tenedores y procesos de desahucio. 2.4 Grandes tenedores y Ley de arrendamientos urbanos. Bibliografía.

## 1. COLECTIVOS PRIORITARIOS EN EL ÁMBITO DE LAS POLÍTICAS DE VIVIENDA ESPAÑOLAS: LA VULNERABILIDAD COMO EJE CENTRAL

La figura del beneficiario final de las políticas de vivienda ha evolucionado de manera importante, acercándose a los modelos anglosajones en los que la identificación de colectivos con una necesidad preferente de

alojamiento se configura como el eje fundamental de las mismas<sup>(1)</sup>. En este sentido, si en las últimas décadas había una asociación de las distintas tipologías de vivienda (véase VPO de régimen especial y general) con los ingresos familiares ponderados de los destinatarios, el Plan Estatal de Vivienda 2005-2008 (RD 801/2005, de 1 de julio) inició una senda mantenida en la actualidad con la identificación de colectivos concretos a tener muy en cuenta por las políticas de vivienda. En concreto, en el artículo 3, si bien al comienzo de la redacción se decía que podían ser beneficiarios de las ayudas del Plan, las familias y personas que cumplieran los requisitos relativos a los niveles de ingresos familiares y a otras circunstancias personales, exigibles en general y para cada tipo de actuación protegida, posteriormente se indicaba que eran considerados beneficiarios con derecho a protección preferente un conjunto de colectivos, en concreto, a) compradores que acceden por primera vez a la vivienda en propiedad; b) jóvenes de hasta 35 años; c) personas mayores de 65 años y sus familias; d) víctimas de la violencia de género y víctimas del terrorismo; e) familias numerosas; f) familias monoparentales; g) personas con discapacidad y sus familias; h) otros colectivos en situación o riesgo de exclusión social.

La identificación clara y precisa de estos colectivos se mantuvo en el Plan 2009-2012 (RD 2066/2008, de 12 de diciembre)<sup>(2)</sup>, difuminándose en los sucesivos planes de vivienda en favor de la articulación de diversos programas de ayudas que identifican a sus beneficiarios y que guardan, eso sí, relación con algunos de los grupos anteriormente mencionados.

Es verdad que el siguiente Plan de vivienda, el 2013-2016 (RD 233/2013, de 5 de abril), aparece en un momento en el cual se heredaba una importante crisis económico-financiera que afectó de manera relevante al sector de la vivienda y por ende se considera un punto de inflexión en las políticas de vivienda. Ante esta situación, puede decirse que este Plan sirvió de herramienta de reconducción de las políticas de vivienda ante el importante

---

(1) La evolución de las políticas de vivienda ha evolucionado de manera significativa partiendo de la identificación concreta de colectivos en sus orígenes (véase clases trabajadoras, funcionarios, clases medias, etc.) a posicionarse respecto a personas con unos determinados recursos económicos. Toda esta evolución se puede encontrar en GUILLÉN NAVARRO (2012).

(2) En concreto, este Plan, en su artículo 1, apartado 2, identificó todo un conjunto de colectivos considerados beneficiarios con derecho a protección preferente. Así, además de unidades familiares con ingresos que no excedieran de 1,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (en adelante, IPREM), a efectos del acceso en alquiler a la vivienda, y de 2,5 veces el mismo indicador, a efectos del acceso en propiedad a la vivienda, se hacía referencia a las personas que accedieran por primera vez a la vivienda; jóvenes, menores de 35 años; personas mayores de 65 años; mujeres víctimas de la violencia de género; víctimas del terrorismo; afectados por situaciones catastróficas; familias numerosas; familias monoparentales con hijos; personas dependientes o con discapacidad oficialmente reconocida, y las familias que las tengan a su cargo; personas separadas o divorciadas, al corriente del pago de pensiones alimenticias y compensatorias, en su caso; personas sin hogar o procedentes de operaciones de erradicación del chabolismo; además, de otros colectivos en situación o riesgo de exclusión social determinados por las Comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla.

stock de vivienda acabada, nueva y sin vender; además, de identificar las grandes dificultades de algunos ciudadanos para el acceso a una vivienda, especialmente de los sectores más vulnerables, debido, como se decía en el referido Plan, «a la precariedad y debilidad del mercado de trabajo, a lo que se unía la restricción de la financiación por parte de las entidades de crédito». El Plan Estatal 2013-2016 dio un vuelco al modo de enfoque de las políticas de vivienda, acotando las ayudas a los fines que se consideraban prioritarios y de imprescindible atención, e incentivando al sector privado para que, en términos de sostenibilidad y competitividad, pudieran reactivar el sector de la construcción a través de la rehabilitación, la regeneración y la renovación urbanas y contribuir a la creación de un mercado del alquiler más amplio y profesional que el existente. En sí, no hay unos colectivos identificados en el Plan, volviéndose al criterio básico de determinación según los ingresos de la persona o unidad.

El Plan 2018-2021 (RD 106/2018, de 9 de marzo) siguió este modelo de articulación de diferentes planes y programas, identificándose en los objetivos marcados en este Plan algunos colectivos en torno a los cuales giraban estas medidas. En concreto, como colectivos se identificaban a los jóvenes, personas mayores y discapacitados, indicándose, como algunos objetivos, el facilitar a los jóvenes el acceso al disfrute de una vivienda digna y adecuada en régimen de alquiler, además del acceso a la adquisición o rehabilitación de una vivienda en municipios de menos de 5000 habitantes; facilitar el disfrute de una vivienda digna y adecuada a las personas mayores, en régimen de alquiler o de cesión en uso con renta o precio limitado, mediante el fomento de conjuntos residenciales con instalaciones y servicios comunes adaptados; facilitar el disfrute de una vivienda digna y adecuada a las personas con discapacidad, en régimen de alquiler o de cesión en uso con renta o precio limitado, mediante el fomento de conjuntos residenciales con instalaciones y servicios comunes adaptados. Estos objetivos luego se implementaban a través de diferentes programas. No obstante, resulta curioso que no se especifica las edades en estos grupos, a diferencia de lo que ocurría en los planes 2005-2008 y 2009-2012 (jóvenes menores de 35 años y mayores de 65 años).

En el Plan de Vivienda 2022-2025 (RD 42/2022, de 18 de enero) el abanico de destinatarios se abre, partiendo del apoyo habitacional sobre los ciudadanos con menos recursos (mediante ayudas directas al alquiler), si bien los colectivos de jóvenes, mayores y discapacitados se siguen manteniendo, adquiriendo los jóvenes un protagonismo destacado. No obstante, como he señalado, también se pueden identificar otros colectivos como las personas víctimas de violencia de género, las personas objeto de desahucio de su vivienda habitual, las personas sin hogar y a otras personas especialmente vulnerables, incluidos supuestos de vulnerabilidad

sobrevenida, situaciones estas últimas que analizaremos a continuación. La importancia de las situaciones de vulnerabilidad como eje importante de destinatarios de las políticas de vivienda no es algo que solo se pueda apreciar en el Plan de vivienda, sino que también se incluye en el artículo 14 de la L 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Ello se pone en relación con los objetivos perseguidos en la Ley, destacando los colectivos a los que hay que prestar especial atención a la hora de facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada como son los jóvenes y colectivos vulnerables, siendo estos dos los que adquieren mayor protagonismo en las políticas de vivienda actuales<sup>(3)</sup>.

### 1.1 **Análisis del concepto vulnerabilidad, situaciones e incidencia. Vulnerabilidad económica. Vulnerabilidad sobrevenida**

Como se ha señalado, un elemento novedoso es la introducción del concepto de vulnerabilidad en las políticas de vivienda en España. Su utilización está muy presente en la actualidad, si bien, por ejemplo, el Plan de vivienda 2009-2012 ya lo utilizaba en múltiples ocasiones para enfatizar la situación de algunos colectivos, incluyéndose, por ejemplo, el programa de promoción de alojamientos para colectivos especialmente vulnerables, el cual luego derivaba a considerar como vulnerables las personas con derecho a protección preferente que se recogían en el artículo 1.2 [en concreto los de las letras a), c), d), e), f), g), j), k), l) y m)]<sup>(4)</sup>. Este tipo de vulnerabilidad se enlaza con el aspecto de vulnerabilidad social, es decir, determinados colectivos que por su situación social presentan problemas y dificultades en el acceso a la vivienda. Además de la vulnerabilidad social, se añade el de vulnerabilidad económica, en la que entran factores económicos concernientes a la situación de la persona que conlleva a tener problemas habitacionales. Los conceptos de vulnerabilidad social y económica en la mayoría de los casos confluyen entre sí, regulándose en la distinta normativa sobre vivienda.

La dimensión presente de la vulnerabilidad la tenemos que poner necesariamente en conexión con un conjunto normativo en el que se incluye la L 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda; el RD 42/2022, de 18 de enero (Plan de 2022-2025); el RDL 37/2020, de 22 de diciembre,

---

(3) Acerca de la unión entre políticas de vivienda y colectivos vulnerables: HERNÁNDEZ PEDREÑO, y MANZANERA ROMÁN (2024); NIETO CRUZ, *et. al.* (2022).

(4) Es cierto que en este Plan se advierte la utilización de este concepto, el de vulnerabilidad, con otra dimensión. En concreto, en el marco de las áreas de rehabilitación integral (ARIS), se exigía la presentación de una memoria justificativa de la situación de vulnerabilidad social, económica y ambiental del ARI.

de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes; y el RDL 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, aunque también hay referencias a este concepto en otras normas como la Ley de arrendamientos urbanos, a raíz de las últimas modificaciones producidas en la misma. Respecto al RDL 11/2020, de 31 de marzo, es en esta norma en donde podemos identificar una apuesta clara por la necesidad de protección de estos colectivos vulnerables en varios ámbitos, entre ellos en el de la vivienda. En concreto resulta interesante la delimitación del concepto vulnerabilidad económica que se hace tanto a los efectos de obtener moratorias o ayudas en relación con la renta arrendaticia de la vivienda habitual (art. 5), como a los efectos de la moratoria hipotecaria y del crédito de financiación no hipotecaria (art. 16), además de con respecto a los contratos de crédito sin garantía hipotecaria (art.18). En cuanto a los dos primeros supuestos destaca la unión de la situación laboral de la persona (véase a estar en situación de desempleo o en expediente temporal de regulación de empleo), con el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar o situaciones de dependencia en la unidad de familiar, además de otros supuestos como que la renta arrendaticia, más los gastos y suministros básicos, resulte superior o igual al 35 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar (para obtener moratorias o ayudas en relación con la renta arrendaticia de la vivienda habitual) <sup>(5)</sup> o que el total de las cuotas hipotecarias de los bienes inmuebles a los que se refiere el artículo 19, más los gastos y suministros básicos resulte superior o igual al 35 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar (para el caso de la moratoria hipotecaria y del crédito de financiación no hipotecaria).

Como digo, el RDL 11/2020, de 31 de marzo, marzo, y sus sucesivas reformas y ampliaciones (véase, RDL 37/2020, de 22 de diciembre) configuran el concepto de vulnerabilidad que se asienta posteriormente tanto en el Plan de Vivienda 2022-2025, como en la L 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. En concreto, el Plan de Vivienda 2022-2025 incluye un bloque de programas de ayudas directas a las personas

---

(5) Hecho que se añade a la no disponibilidad de vivienda, es decir, que la persona arrendataria o cualquiera de las personas que componen la unidad familiar que habita aquella sea propietaria o usufructuaria de alguna vivienda en España, introduciéndose matizaciones para los casos de parte alícuota, herencia o mediante transmisión *mortiscausa* sin testamento o no disponibilidad por causa de separación o divorcio, por cualquier otra causa ajena a su voluntad o cuando la vivienda resulte inaccesible por razón de discapacidad de su titular o de alguna de las personas que conforman la unidad de convivencia.

arrendatarias con efectos a corto plazo y especial atención a determinados colectivos vulnerables o que devengan vulnerables, en concreto, el programa de ayuda al alquiler de vivienda; el programa de ayuda a las víctimas de violencia de género, personas objeto de desahucio de su vivienda habitual, personas sin hogar y otras personas especialmente vulnerables y el programa de ayuda a las personas arrendatarias en situación de vulnerabilidad sobrevenida. No obstante, no es la primera vez que se introduce una medida de este calado ya que el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 ya contó con el programa de ayudas para contribuir a minimizar el impacto económico y social del COVID-19 en los alquileres de vivienda habitual, introducido por los artículos 1 a 3 de la Orden TMA/336/2020, de 9 de abril. Centrándonos en el Programa de ayuda a las personas arrendatarias en situación de vulnerabilidad sobrevenida del Plan 2022-2025, a falta de la breve explicación posterior de los otros dos programas, el concepto de vulnerabilidad varía de lo anteriormente visto al establecerse una delimitación de vulnerabilidad sobrevenida basada en la configuración del beneficiario en el artículo 44. Esencialmente se parte de que el arrendatario contaba con unos ingresos inferiores a 5 veces el IPREM (5,5 veces el IPREM si se trata de una familia numerosa de categoría general, de personas con discapacidad o víctimas del terrorismo y de 6 veces el IPREM cuando se trate de familias numerosas de categoría especial o de personas con discapacidad con un grado reconocido igual o superior al 33 %) y posteriormente ocurre una situación que hace que la persona arrendataria haya devenido vulnerable por haber sido reducidos, dentro de los dos años anteriores a la solicitud de la ayuda, los ingresos netos del conjunto de la unidad de convivencia de forma sustancial, en un 20 % como mínimo, de forma que no superen 3 veces el IPREM y que el esfuerzo para el pago de la renta arrendaticia, incluidas las repercusiones autorizadas por la legislación aplicable, satisfechas por la persona arrendataria, supere el 30 % de los ingresos netos de la misma (porcentaje inferior al 35 % anteriormente mencionado).

En la L 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, de nuevo el concepto de vulnerabilidad ocupa un lugar destacado en el entramado normativo. Enlazado con el hecho de la situación económica o la situación de exclusión social, se destaca su inclusión en la planificación y programación estatal en materia de vivienda a la hora de la adecuada dotación de programas de ayuda, pero, sobre todo, por su inclusión dentro de los principios generales de la actuación pública en materia de vivienda. En este sentido, en el artículo 14 se recoge una delimitación que va más allá de la visión presentada anteriormente al conectarse con aquellas personas, familias y unidades de convivencia que viven en asentamientos y barrios altamente vulnerables y segregados a las personas sin hogar; a las personas

con discapacidad; a los menores en riesgo de pobreza o exclusión social; a los menores tutelados que dejen de serlo y a cualesquiera otras personas vulnerables que se definan en el momento de la actuación. Una situación muy novedosa y que se pone en consonancia con la visión anglosajona que tiene como eje principal el sin hogarismo en sus políticas de vivienda.

## 1.2 **Personas sin hogar, chabolismo e infravivienda. Víctimas de violencia de género**

Como se ha señalado anteriormente, la visión del beneficiario de las políticas, atendiendo únicamente a su situación económica, ha dado paso a la identificación de colectivos vulnerables. Cabe recordar la configuración hecha por los Planes de vivienda 2005-2008 y 2009-2012, que incluía un largo listado de beneficiarios de las ayudas del Plan y que se fue difuminando a favor de la apuesta por colectivos muy concretos como los jóvenes, las personas mayores o las personas con discapacidad.

Acudiendo a la L 12/2023, de 24 de mayo, se comprueba la protección de algunos colectivos, destacándose lo relativo a chabolismo, infravivienda o en emergencia habitacional. En este sentido ha de destacarse el hecho de la inclusión, dentro de los fines de las políticas públicas de vivienda, de la necesidad de adoptación de medidas para la lucha contra el chabolismo o el sinhogarismo. Además, resulta interesante la delimitación hecha del sinhogarismo en el artículo 3.1 de la Ley con un conjunto amplio de situaciones (residir en la vía pública u otros espacios públicos inadecuados, o utilizar alternativas de alojamiento colectivo institucionalizado de las diferentes administraciones públicas o de entidades sin ánimo de lucro, o residir en una vivienda inadecuada, temporal o no, inapropiada o masificada, en una vivienda insegura, sin título legal, o con notificación de abandono de la misma, o viviendo bajo amenaza de violencia), añadiéndose la situación de sinhogarismo cronificado, cuando la situación de sinhogarismo continúe o se produzca a lo largo de un periodo de tiempo igual o superior a un año.

Por otra parte, la importancia del sinhogarismo también se recoge en el Plan 2022-2025 con la inclusión de un programa de ayuda centrado en facilitar una solución habitacional inmediata y que incluye a diversos colectivos, en concreto a las víctimas de violencia de género, personas objeto de desahucio de su vivienda habitual, personas sin hogar y otras personas especialmente vulnerables<sup>(6)</sup>. Precisamente, en cuanto a las víctimas de

---

(6) Programa que hay que relacionar con otros antecedentes como el Programa de ayuda a las víctimas de violencia de género, personas objeto de desahucio de su vivienda habitual, personas sin hogar y otras personas especialmente vulnerables (Capítulo IV del Plan de vivienda 2018-2021).

violencia de género, las políticas de vivienda han tenido presente a las mismas, si bien con una evolución en su tratamiento al transitar de la referencia hecha en el Plan 2005-2008 de las mujeres víctimas de la violencia de género como posibles beneficiarias de las ayudas del plan, a la referencia hecha en el Plan 2022-2025 de víctimas de violencia de género, que a su vez se conecta con las víctimas de trata con fines de explotación sexual, víctimas de violencia sexual y que no solo se incluyen en el anteriormente referenciado programa de ayuda sino también, por ejemplo, teniendo un destino prioritario de las viviendas cedidas por la SAREB o entidad pública.

### 1.3 **Menores. Jóvenes. Personas mayores. Personas con discapacidad**

Un hecho relevante de la Ley por el derecho a la vivienda es la referencia hecha a los menores de edad al incluirlos en los fines de las políticas públicas de vivienda. En este sentido, se destaca el que la vivienda constituye un espacio fundamental de desarrollo, seguridad y cobijo. Además, se enfatiza otro elemento y es el de proteger la estabilidad y la seguridad jurídica en la propiedad, uso y disfrute de la vivienda de familias, hogares y unidades de convivencia con menores a cargo y el priorizar la atención e información de las familias, hogares y unidades de convivencia con menores a cargo que, por encontrarse en situación de pobreza, exclusión social u otras formas de vulnerabilidad, deben ser objeto de especial protección. No obstante, sobre todo ha de resaltarse el encargo hecho a las administraciones públicas en el artículo 7 de la Ley de promover las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de dicho derecho en condiciones asequibles y con especial atención a familias, hogares y unidades de convivencia con menores a cargo, a través del estatuto de derechos y deberes asociados a la vivienda, situación entrelazada con la redacción del artículo 47 CE. No obstante, esta protección hecha por la Ley no solo se enfoca en las familias, sino que también hay referencia a los menores en riesgo de pobreza o exclusión social o los menores tutelados que dejen de serlo al incluirse en las situaciones de especial vulnerabilidad.

Otro colectivo con suma importancia en las políticas de vivienda son los jóvenes. Su aparición en los diferentes Planes se ha ido manteniendo desde el Plan 1996-1999, en donde se hacía mención a las dificultades de este colectivo en el acceso a la vivienda dado que la oferta de viviendas en alquiler resultaba, ya por entonces, insuficiente en cantidad, además de ser inadecuada, por sus elevados precios de renta, para las condiciones económicas de este colectivo. Ello supuso el que se abriera la puerta a que viviendas con protección para alquiler, destinadas a este colectivo, pudieran acceder



a la financiación cualificada. Esta visión y ánimo de protección sobre los jóvenes se ha ido repitiendo en los diferentes planes, introduciéndose paulatinamente medidas favorecedoras del acceso a la vivienda (véase la ayuda estatal directa especial a la entrada del Plan 2002-2005). De todos modos, un punto de inflexión se produce en el Plan Estatal 2005-2008, en donde se sitúa a este colectivo (se indica menores de 35 años) dentro de los ciudadanos beneficiarios de las ayudas del Plan y se configuran programas concretos destinados a estos como el programa de vivienda para jóvenes (vivienda joven en alquiler, subvenciones a los inquilinos jóvenes, ayudas a la compra de vivienda o la preferencia para el acceso a viviendas protegidas en propiedad). Sin duda este plan fue muy ambicioso, relajándose las medidas en el Plan 2009-2012 (se incluía este colectivo como beneficiarios de las ayudas del Plan, pero sin programas específicos) y en el Plan 2013-2016, en donde no se hace mención a los jóvenes. Esta situación cambia por completo en el Plan 2018-2021 en donde de nuevo se sitúan en una posición relevante, atendiendo a la realidad social sufrida (problema del paro y dificultades en el acceso a un puesto de trabajo), estableciéndose como uno de los objetivos de este Plan el facilitar a los jóvenes el acceso al disfrute de una vivienda digna y adecuada en régimen de alquiler. Para ello se incluyó un programa de ayuda a los jóvenes destinado a facilitar el acceso al disfrute de una vivienda digna y adecuada en régimen de alquiler a los jóvenes con escasos medios económicos, mediante el otorgamiento de ayudas directas al inquilino, o facilitar a los jóvenes el acceso a una vivienda en régimen de propiedad localizada en un municipio de pequeño tamaño (menos de 5.000 habitantes), mediante la concesión de una subvención directa para su adquisición. Esta visión se ha mantenido en los siguientes planes. Por ejemplo, el Plan 2022-2025, de nuevo alude a las dificultades para el acceso a la vivienda de los jóvenes, inmersos en una latente demanda de emancipación no satisfecha que contribuye a limitar «sus posibilidades de desarrollo vital». Así, este plan incluye diferentes medidas como el bono alquiler joven, destinado a facilitar el disfrute de una vivienda o habitación en régimen de alquiler o de cesión de uso a las personas jóvenes con escasos medios económicos a través del otorgamiento de ayudas directas a las personas arrendatarias o cesionarias, o el programa de ayuda a las personas jóvenes y para contribuir al reto demográfico, destinado a facilitar el acceso al disfrute de una vivienda o habitación digna y adecuada en régimen de alquiler o de cesión en uso a las personas jóvenes con escasos medios económicos, mediante el otorgamiento de ayudas directas a la persona arrendataria o cesionarias; o facilitando a las personas jóvenes el acceso a una vivienda en régimen de propiedad localizada en un municipio o núcleo de población de pequeño tamaño (menos de 10.000 habitantes), mediante la concesión de una subvención directa para su adquisición. Todas estas

medidas de los últimos planes de vivienda se ponen en consonancia con los objetivos de la L12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, entre los cuales se encuentra el de «facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada a las personas que tienen dificultades para acceder a una vivienda en condiciones de mercado, prestando especial atención a jóvenes y colectivos vulnerables y favoreciendo la existencia de una oferta a precios asequibles y adaptada a las realidades de los ámbitos urbanos y rurales». Jóvenes, cuya edad sitúa entre los 18 y 35 años.

Otros colectivos con importancia en las políticas de vivienda son las personas mayores de 65 años y las personas discapacitadas, identificándose una interconexión entre ambas figuras en la diferente normativa por la aplicación común de medidas<sup>(7)</sup>. Por ejemplo, la referencia a los mayores de 65 años es casi inexistente en la L12/2023, de 24 de mayo, pero sí que se puede encontrar el tratamiento del derecho de las personas con discapacidad y de aquellas que por razón de su edad avanzada necesiten una vivienda accesible. El hecho de la aplicación de medidas de mejora de la accesibilidad de las actuaciones para ambos colectivos es algo que se va identificando en los últimos planes, pero no es la única. Así, el 2018-2021 incluía a este colectivo en el programa de ayuda al alquiler de vivienda, destinándose un bloque de medidas específico a través del programa de fomento de viviendas para personas mayores y personas con discapacidad<sup>(8)</sup>. Este último programa iba destinado al fomento de la construcción de viviendas para personas mayores y personas con discapacidad junto con las instalaciones y servicios comunes necesarios para ser explotadas en régimen de alquiler o cesión en uso. Con el Plan 2022-2025 se mantienen estas ideas, introduciendo a ambos colectivos dentro de sus objetivos, en concreto lo relativo a incrementar la oferta de vivienda en alquiler asequible para estos colectivos. Para ello se introduce de nuevo el programa de fomento de viviendas para personas mayores o personas con discapacidad, con alcance parecido al anterior Plan, esta vez, el fomento de la promoción de alojamientos o viviendas con instalaciones, servicios y zonas de interrelación, para personas mayores y personas con discapacidad, destinadas al alquiler o cesión en uso, tanto de titularidad pública como privada.

---

(7) De todos modos, no hay que olvidar que el Plan 2005-2008 ya introducía tanto a los mayores de 65 años y sus familias, como a las personas con discapacidad y sus familias, dentro de los ciudadanos beneficiarios de las ayudas del Plan; hecho que se matizaría posteriormente en el Plan 2009-2012 al considerar beneficiarios de las ayudas a las personas mayores de 65 años (se elimina la referencia a las familias), así como a las personas dependientes o con discapacidad oficialmente reconocida, y las familias que las tengan a su cargo.

(8) No hay que olvidar los problemas de exclusión residencial que presentan algunas personas mayores y que no pueden ser obviadas cuando de políticas de vivienda hablamos. En este sentido se pueden consultar diferentes estudios como los BENITO MARTÍNEZ, y BENITO LOZANO (2013); COBACHO GONZÁLEZ, y SILVA LÓPEZ (2015); GÓMEZ GARRIDO, y RODRÍGUEZ PASQUÍN (2024).



## 2. GRANDES TENEDORES

La figura de gran tenedor se encuentra regulada tanto en la normativa estatal, como la autonómica, habiendo sinergias entre ambas delimitaciones conceptuales. Su aparición surge en un momento de tensión inmobiliaria en España, acentuada por la crisis de los años de la pandemia del COVID-19. En este sentido, como se verá a continuación, las particularidades de esta figura rigen la relación arrendaticia con respecto a las personas con situación de vulnerabilidad económica, articulándose toda una serie de mecanismos de protección a estos últimos<sup>(9)</sup>.

### 2.1 Concepto

Lo primero todo, torna necesario delimitar qué se entiende por gran tenedor. En este sentido, en el ámbito estatal esta figura la podemos encontrar referida en el artículo 4 del RDL 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, en donde es definido como la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m<sup>2</sup>. Esta delimitación es acogida posteriormente por la L 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, si bien, hay dos aspectos importantes que se matizan. El primero de ellos es el hecho de que en la definición recogida en el artículo 3.2.k de la L 12/2023, de 24 de mayo, se acota a aquellos inmuebles y superficie que sea de uso residencial, hecho que no se precisaba en el RDL 11/2020, de 31 de marzo. En segundo lugar, se especifica que tal definición general puede ser particularizada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado, pudiendo alcanzar a titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial que estén ubicados en dichos entornos. Además de todo ello, si se acude al preámbulo de la norma, hay otro aspecto importante a destacar y que se pone en consonancia con la regulación por parte de las CCAA de la figura del gran tenedor. En este sentido, en este preámbulo se especifica que las definiciones recogidas en la ley se establecen a los efectos de lo dispuesto en la propia ley, respetando en todo caso las definiciones existentes o las que pudieran adoptarse en el marco de las legislaciones de las comunidades autónomas sobre esta materia.

---

(9) El análisis realizado se puede completar con lo estudios, por ejemplo, de FUENTES-LOJO RIUS (2024), y JIMÉNEZ MUÑOZ (2024).

Como ya se ha señalado anteriormente, en el ámbito autonómico también se puede encontrar regulada la figura del gran tenedor, habiendo incluso cierta discrepancia con la delimitación estatal, especialmente en lo referido al número de inmuebles. Dentro de las CCAA, se puede encontrar referida esta figura, por ejemplo, en Castilla León, Castilla La Mancha, Cataluña, Comunidad Valenciana, Extremadura o Región de Murcia, ofreciendo cada una de ellas visiones más o menos detalladas de lo que se debe entender por gran tenedor.

En el caso de Cataluña, se puede encontrar una de las definiciones primigenias. En este sentido, en el artículo 5.9 de la L 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética de Cataluña, se recoge esta figura con un desarrollo que nada tiene que ver con la definición estatal anteriormente comentada. En su redacción original, el artículo únicamente asociaba la figura del gran tenedor a personas jurídicas, hecho como se aprecia diferente al caso estatal en el que pueden ser personas físicas y jurídicas. Esta situación fue modificada posteriormente por el artículo 136 de la L 5/2020, de 29 de abril, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público y de creación del impuesto sobre las instalaciones que inciden en el medio ambiente, que, como digo, modificó el artículo 5.9 de la L 24/2015, de 29 de julio, ampliándose la aplicación del concepto a personas físicas, jurídicas e incluso fondos de capital riesgo y de titulización de activos. Con ello, el gran tenedor se asocia a cuatro situaciones, en concreto, a) las entidades financieras, las filiales inmobiliarias de estas entidades, los fondos de inversión y las entidades de gestión de activos, incluidos los procedentes de la reestructuración bancaria, de acuerdo con la legislación mercantil; b) las personas jurídicas que, por sí solas o a través de un grupo de empresas, sean titulares de más de diez viviendas ubicadas en territorio del Estado, con las siguientes excepciones: 1.º Los promotores sociales a los que se refieren las letras a y b del artículo 51.2 de la L 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda. 2.º Las personas jurídicas que tengan más de un 15 % de la superficie habitable de la propiedad calificado como viviendas de protección oficial destinadas a alquiler. 3.º Las entidades privadas sin ánimo de lucro que proveen de vivienda a personas y familias en situación de vulnerabilidad residencial; c) los fondos de capital riesgo y de titulización de activos; d) Las personas físicas que sean propietarias de más de quince viviendas, o copropietarias si su cuota de participación en la comunidad representa más de 1.500 metros cuadrados de suelo destinado a vivienda, con referencia en ambos casos a viviendas situadas en territorio del Estado, con las mismas excepciones que establecen para las personas jurídicas los puntos 1.º y 2.º de la letra b).

En el caso de la Comunidad Valencina, la regulación del gran tenedor se puede encontrar referida en Capítulo II del D 130/2021, de 1 de octubre, del Consell, de aprobación del reglamento para la movilización de viviendas vacías y deshabitadas. Dicha norma es relevante, ya que no solo incluye una delimitación de lo que se entiende por esta figura, sino que, además, en el capítulo II, se incluye un gran desarrollo acerca de sus derechos y obligaciones. En lo referido a su definición, el artículo 19, según la redacción dada por el artículo único del D 85/2022 de 1 de julio, del Consell, por el que se modifica el D 130/2021, de 1 de octubre, del Consell, de aprobación del Reglamento para la movilización de viviendas vacías y deshabitadas, considera gran tenedor a la persona física, jurídica y entidades sin personalidad jurídica que desempeñen una actividad económica en el ámbito inmobiliario y disponga de más de diez viviendas en cualquier régimen o modalidad de disfrute en los términos previstos en la legislación reguladora de la función social de la vivienda. El precepto matiza que en el cómputo del número de viviendas, no se considerarán aquellas en las que concurra alguna de las causas justificadas de desocupación previstas en la norma. Asimismo, se especifica que las personas físicas, jurídicas o entidades sin personalidad jurídica que en el ejercicio de su actividad inmobiliaria operen por cuenta de terceros y, en particular, quienes presten servicios de intermediación o gestión de activos, únicamente tendrán la consideración de grandes tenedores cuando gestionen más de diez viviendas de un mismo propietario, cualquiera que sea la forma de gestión que realicen. De igual manera ha de entenderse que los efectos previstos en la norma se extienden a las viviendas que pertenezcan a un gran tenedor de manera directa o indirecta a través de su participación en otras sociedades o grupos de sociedades y, en particular, se extenderán a las viviendas propiedad de sus filiales, entidades de gestión de activos y sociedades inmobiliarias bajo su control<sup>(10)</sup>.

Según la regulación de la Región de Murcia son grandes tenedores 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 ubicadas en el territorio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Visión simplificada dada por el artículo 59 quáter de la L 6/2015, de 24 de marzo, de la Vivienda de la Región de Murcia y centrada en

---

(10) Artículo 19 del D 130/2021, de 1 de octubre, señala al final que, cuando, de acuerdo con lo previsto en el apartado primero más de una persona física, jurídica o entidad sin personalidad jurídica tenga la consideración de gran tenedor respecto de una misma vivienda y, en particular, en los supuestos de intermediación de las entidades de gestión de activos inmobiliarios y de gestión de préstamos hipotecarios, las obligaciones derivadas de este decreto tendrán carácter individual para cada uno los sujetos obligados, sin perjuicio de que los procedimientos declarativos se entiendan exclusivamente con la persona titular de la vivienda.

colectivos muy concretos como la banca. Esta visión también se puede encontrar en Extremadura en donde el artículo 4.18 de la L 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda de Extremadura<sup>(11)</sup> considera como grandes tenedores de vivienda a aquellas personas jurídicas, formen o no parte de un grupo fiscal o de sociedades, así como los fondos de titulización regulados en la L 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, que dispongan de más de 5 viviendas en régimen de propiedad, alquiler, usufructo, derecho de superficie o cualquier otro derecho real o modalidad de disfrute, que les faculte para determinar los usos a que se destinarán las viviendas. Cifra de viviendas, como se comprueba, que difiere de lo que se ha analizado hasta ahora.

En el caso de Castilla La Mancha, hay una conexión directa con la definición estatal y es que el artículo 8.6 de la L 1/2022, de 14 de enero, de Medidas Tributarias y Administrativas de Castilla-La Mancha, que define al gran tenedor como la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles de uso residencial, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m<sup>2</sup> de uso residencial, visión fortalecida por la remisión directa hecha por la Orden 95/2024, de 3 de junio, relativa a la conciliación previa a los procesos judiciales de desahucio, en donde se especifica que será de aplicación la definición de gran tenedor de vivienda establecida en el artículo 3 k) de la L 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda<sup>(12)</sup>.

En las Islas Baleares, el artículo 4.i de la L 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears, considera grandes tenedores de vivienda a las personas físicas o jurídicas que, por sí mismas, de manera directa, o indirectamente a través de la participación en otras sociedades o grupos de sociedades de las que tengan el control efectivo, disponen de diez o más viviendas, en el ámbito de las Illes Balears, en régimen de propiedad, alquiler, usufructo o cualquier otro derecho que los faculte para ceder su uso, y que tengan como actividad económica la promoción inmobiliaria, la intermediación, la gestión, la inversión, la compraventa, el alquiler o la financiación de viviendas. A los efectos de esta ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio.

---

(11) Según redacción dada por la L 4/2023, de 29 de marzo, que modifica la L 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda de Extremadura, y por la que se crea el Impuesto sobre las viviendas vacías a los grandes tenedores, el Fondo de Garantía de Adquisición de Vivienda de Extremadura y el Mecanismo de garantía de alojamiento y realojamiento del menor y se modifican otras normas tributarias.

(12) Véase la Orden 95/2024, de 3 de junio, de la Consejería de Fomento, por la que se regula la competencia y el procedimiento de conciliación previa a los procesos judiciales de desahucio, recuperación de la posesión y ejecución hipotecaria de personas en situación de vulnerabilidad económica, previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en la redacción dada por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

Para finalizar, una visión muy simplificada de gran tenedor, centrado en las zonas de mercado tensionadas, es la dada en la Comunidad Foral de Navarra, en donde el artículo 98.2 de la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del derecho a la vivienda en Navarra<sup>(13)</sup>, asocia a la persona física o jurídica que sea propietaria o usufructuaria de diez o más viviendas. Hecho curioso también, dada la profundidad regulatoria de la figura del gran tenedor en las anteriores CCAA, es el que en Castilla y León, el artículo 22.4 de la Ley 4/2024, de 9 de mayo, de medidas tributarias, financieras y administrativa incorpora una nueva disposición adicional quinta a la Ley 9/2010, de 30 de agosto, relativo al procedimiento de mediación previo a la admisión de determinadas demandas de grandes tenedores de vivienda, pero en donde no se define qué se entiende por gran tenedor.

## 2.2 **Obligaciones: inscripción registro; colaboración y suministro de información de los grandes tenedores en zonas de mercado residencial tensionado. Derechos de tanteo. Impuesto sobre grandes tenedores**

En la normativa autonómica se pueden encontrar recogidas diferentes obligaciones de los grandes tenedores, entre las que destacan especialmente las relativas a la movilización de las viviendas deshabitadas. Esta situación se puede identificar, por ejemplo, en el caso de la Comunidad Valenciana, en donde el Reglamento para la movilización de viviendas vacías y deshabitadas (D 130/2021, de 1 de octubre, del Consell) recoge un procedimiento para la declaración de una vivienda como deshabitada, particularmente diseñado para los grandes tenedores de vivienda con el objeto de movilizar el importante stock en poder de las entidades financieras, tal y como se indica en la norma. Pues bien, en este contexto, el Reglamento obliga a que los grandes tenedores deban comunicar a la Conselleria competente en materia de vivienda, semestralmente, la relación de aquellas viviendas deshabitadas<sup>(14)</sup> con una serie de datos tanto de la titularidad, como de la situación física y jurídica de la vivienda en cuestión (art.21). Por otra parte, en este contexto de

---

(13) Introducido por la Ley Foral 20/2022, de 1 de julio, para el fomento de un parque de vivienda protegida y asequible en la Comunidad Foral de Navarra, en concreto se introduce el Título X Zonas de Mercado tensionado, que engloba el referido precepto.

(14) En concreto, en el artículo 2.1 del D 130/2021, de 1 de octubre, se entiende por vivienda deshabitada «aquella que, siendo propiedad de un gran tenedor, sea declarada como tal mediante resolución administrativa por incumplir su función social al no ser destinada de forma efectiva al uso residencial legalmente previsto o por permanecer desocupada de forma continuada durante un tiempo superior a un año, sin que concurra causa justificada de desocupación».

movilización de viviendas, el Decreto también asocia una serie de derechos, en concreto, al ofrecimiento de todas o algunas de las medidas de fomento y en el caso de que se acredite el cumplimiento íntegro de la medida de fomento en cuestión, se podrán beneficiarse de las exenciones o bonificaciones que prevean los tributos autonómicos y locales al efecto (art. 22).

La existencia de este tipo de registro de grandes tenedores también se puede encontrar en Cataluña. En concreto, la Disposición adicional vigésima séptima de la L 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda<sup>(15)</sup>, recoge la creación del registro de grandes tenedores de vivienda en el que deben inscribirse las personas jurídicas que sean grandes tenedores de acuerdo con lo que establece el artículo 5 de la L 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética. En concreto, se dice que los grandes tenedores que sean personas jurídicas deben comunicar a la Agencia de la Vivienda de Cataluña el número y la relación de viviendas de las que son titulares. Misma situación encontramos en Islas Baleares con la existencia del registro de viviendas desocupadas regulado a través del D 36/2019, de 10 de mayo, respecto del cual los grandes tenedores de viviendas tendrán la obligación de comunicar a la Consejería de Territorio, Energía y Movilidad la relación de viviendas desocupadas para su inscripción en el Registro.

Estas obligaciones de información también las podemos identificar respecto a las denominadas zonas de mercado residencial tensionado. En este sentido, el artículo 19 de la L 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, establece que el que se pueda exigir por parte de las Administraciones públicas competentes en materia de vivienda, el cumplimiento de la obligación de colaboración y suministro de información sobre el uso y destino de las viviendas de titularidad de grandes tenedores que se encuentren en estas zonas de mercado residencial tensionado<sup>(16)</sup>. Para ello, previamente en la memoria de la declaración de la zona, se deben definir los criterios para la consideración de gran tenedor de vivienda en la zona de mercado residencial tensionado, en función de su potencial influencia, por el volumen de inmuebles de uso residencial de su titularidad en el mercado de alquiler de dicha zona o atendiendo a la normativa

---

(15) Disposición adicional vigésima séptima introducida por el artículo 8 de la L 1/2022, 3 marzo, de modificación de la Ley 18/2007, la L 24/2015 y la L 4/2016 para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda.

(16) En concreto, el preámbulo de la norma señala que ello se hace con objeto de asegurar el cumplimiento de los deberes asociados al derecho de propiedad de la vivienda, especialmente en estos entornos en los que debe evitarse prácticas de retención y desocupación indebidas, que podrían tener efectos muy negativos en el mercado residencial a nivel local.



específica de la Administración competente en materia de vivienda<sup>(17)</sup>. Por lo que respecta a la información a aportar de las viviendas de titularidad del gran tenedor en la zona de mercado residencial tensionado, el precepto identificaba toda una serie de datos relativos a la situación física y jurídica, además del régimen de utilización efectiva de la vivienda, en el contexto de los usos previstos en los instrumentos de ordenación territorial y urbanística y la justificación del cumplimiento de los deberes asociados a la propiedad de vivienda (véase artículo 11 de la norma); no obstante, esta parte recogida en el 19.3 fue declarada inconstitucional y, por tanto, nulo por Sentencia TC (Pleno) 79/2024, de 21 mayo.

Otro elemento por reseñar respecto a las obligaciones de los grandes tenedores es lo relativo a los derechos de tanteo y retracto existentes en Islas Baleares. En este sentido, el DL 3/2020, de medidas urgentes en materia de vivienda<sup>(18)</sup>, establece un derecho de tanteo y retracto legal que afecta a las propiedades de los grandes tenedores de vivienda en la transmisión de propiedades (viviendas y terrenos en suelos clasificados como urbanos o urbanizables), que tengan su origen en ejecuciones hipotecarias, compensaciones de deuda o daciones en pago, con el objeto, dice la norma, de que «las plusvalías de estas operaciones reviertan en lo público y permitan ampliar el parque de vivienda de gestión pública de una forma todavía más ágil». Estos derechos también se aplican sobre todas aquellas viviendas vacías que consten inscritas en el Registro de viviendas desocupadas de los grandes tenedores.

Para finalizar es interesante también apuntar la controversia en torno a la creación en Extremadura de un impuesto sobre las viviendas vacías a los grandes tenedores. En este sentido, la L 4/2023, de 29 de marzo, introdujo en la L 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda de Extremadura, un Capítulo IV BIS (arts. 21 bis a 21 novecies) en donde se regulaba el mismo, si bien estos artículos fueron derogados por la disposición derogatoria única del DL 4/2023, de 12 de septiembre, por lo que se derogó antes de su entrada en vigor el 1 de enero de 2024. En concreto se trataba de un impuesto que gravaba el incumplimiento de la función social de la propiedad de las viviendas, por el hecho de permanecer desocupadas de forma ininterrumpida. Con ello, se decía en la norma que el ánimo de dicho impuesto era el intervenir cuando los grandes tenedores no pusieran

---

(17) A este respecto, debe indicarse que, a fecha de redacción de este capítulo, el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 9 de abril de 2024, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 1306-2024, promovido por la Xunta de Galicia, contra diferentes artículos de la norma, en concreto, el artículo 19.2.

(18) Mediante la incorporación del artículo 26 quater (Derechos de tanteo y retracto en las transmisiones entre grandes tenedores respecto de viviendas y terrenos adquiridos en procesos judiciales o extrajudiciales) en la L 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears, el que se regula también el procedimiento de ejercicio de los derechos de tanteo y retracto.

sus viviendas en el mercado o priorizaran la obtención del beneficio económico por encima de la función social para conseguir incrementar el número de viviendas en alquiler y ampliar la oferta de soluciones habitacionales a un precio asequible para los hogares y la ciudadanía extremeña. Acerca de las razones acerca de su supresión, el Decreto Ley destacaba que se buscaba que Extremadura fuera «una Región fiscalmente atractiva, con los efectos positivos que ello genera atendiendo a criterios demográficos y económicos», considerándose dicho impuesto contrario a dicha finalidad.

### 2.3 Grandes tenedores y procesos de desahucio

La L 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, ha modificado, en su disposición final quinta, la L 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; introduciendo un procedimiento de conciliación obligatoria en los procedimientos judiciales de desahucio, recuperación de la posesión y ejecución hipotecaria, siempre que la parte actora tenga la condición de gran tenedor de vivienda y el inmueble objeto de demanda constituya la vivienda habitual de la persona demanda y se encuentre en situación de vulnerabilidad económica (especial relevancia son los apartados 6 y 7 que se añaden al artículo 439). Con ello, a la hora de interponer una demanda de desahucio hay que diferenciar dos situaciones, es decir, si nos encontramos ante un pequeño o gran tenedor de vivienda. No obstante, en ambas situaciones, en el momento de interponer la demanda de desahucio se han de acreditar dos cuestiones importantes como son, en primer lugar, si el inmueble constituye la vivienda habitual de la persona ocupante, y, en segundo lugar, si el demandante tiene la condición o no de gran tenedor, pudiéndose aportar en este sentido, certificación del Registro de la Propiedad en el que consten la relación de propiedades a nombre del demandante y siempre teniendo en cuenta la delimitación conceptual anteriormente expuesta.

En el caso de que sea un gran tenedor, la Ley introduce una matización importante y es que es el gran tenedor el que tiene que acreditar al momento de interponer la demanda si el demandado se encuentra o no en situación de vulnerabilidad económica. A este respecto, la norma introduce una aclaración y es que para acreditar la concurrencia o no de vulnerabilidad económica, se dice que se deberá aportar documento acreditativo, de vigencia no superior a tres meses, emitido, previo consentimiento de la persona ocupante de la vivienda, por los servicios de las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social que hayan sido específicamente designados conforme la legislación y normativa

autonómica en materia de vivienda<sup>(19)</sup>. No obstante, este requisito exigido también podrá cumplirse mediante dos opciones. La primera a través de la declaración responsable emitida por la parte actora de que ha acudido a los servicios indicados anteriormente, en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la demanda, sin que hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma. La segunda es el documento acreditativo de los servicios competentes que indiquen que la persona ocupante no consiente expresamente el estudio de su situación económica en los términos previstos en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda. Este documento no podrá tener una vigencia superior a tres meses.

En el caso de que en este documento se haga contar por la Administración que el inquilino es considerado económicamente vulnerable, para que la demanda de desahucio sea admitida, el propietario gran tenedor deberá acreditar haberse sometido a un procedimiento de conciliación o intermediación con el arrendatario que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas competentes, en base al análisis de las circunstancias de ambas partes y de las posibles ayudas y subvenciones existentes en materia de vivienda conforme a lo dispuesto en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda (nuevo artículo 439.7 de la L 1/2000, de 7 de enero).

En cuanto a estos procedimientos de conciliación o intermediación, en el referido precepto se introduce dos formas de acreditación. El primero de ellos, es la declaración responsable emitida por la parte actora de que ha acudido a los servicios indicados anteriormente, en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la demanda, sin que hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma. El segundo de ellos es el documento acreditativo de los servicios competentes que indique el resultado del procedimiento de conciliación o intermediación, en el que se hará constar la identidad de las partes, el objeto de la controversia y si alguna de las partes ha rehusado participar en el procedimiento, en su caso. Este documento no podrá tener una vigencia superior a tres meses.

---

(19) La norma también dice que este requisito también podrá cumplirse mediante: «1.º La declaración responsable emitida por la parte actora de que ha acudido a los servicios indicados anteriormente, en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la demanda, sin que hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma. 2.º El documento acreditativo de los servicios competentes que indiquen que la persona ocupante no consiente expresamente el estudio de su situación económica en los términos previstos en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda. Este documento no podrá tener una vigencia superior a tres meses» (art. 439.6 *in fine* de la Ley 1/2000, de 7 de enero).

A su vez, también la norma indica que en el caso de que la empresa arrendadora sea una entidad pública de vivienda el requisito anterior se podrá sustituir, en su caso, por la previa concurrencia de la acción de los servicios específicos de intermediación de la propia entidad, que se acreditará en los mismos términos del apartado anterior.

Como se comprueba, el hecho de iniciar un procedimiento de desahucio torna muy complejo ya no solo respecto de los requisitos a la hora de interponer una demanda de desahucio, sino también en el desarrollo posterior. A este respecto, una vez que se admita a trámite la demanda, en el caso de que la vivienda que se pretenda recuperar sea vivienda habitual de la parte demandada, se debe estudiar si se encuentra en situación de vulnerabilidad. Cuando la parte actora sea una gran tenedora de vivienda y hubiera presentado junto con la demanda documento acreditativo de la vulnerabilidad de la parte demandada, en el oficio a las Administraciones públicas competentes se hará constar esta circunstancia a efectos de que efectúen directamente, en el mismo plazo, la propuesta de medidas de atención inmediata a adoptar, así como de las posibles ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada y las causas, que, en su caso, han impedido su aplicación con anterioridad. Este hecho es importante ya que el tribunal decidirá si suspende el proceso para que se adopten las medidas propuestas por las Administraciones públicas, durante un plazo máximo de suspensión de dos meses si el demandante es una persona física o de cuatro meses si se trata de una persona jurídica. Estas decisiones de tribunal se hacen previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto, apreciando las situaciones de vulnerabilidad que pudieran concurrir también en la parte actora y cualquier otra circunstancia acreditada en autos (art. 441.7). En este sentido la vulnerabilidad tiene un componente económico<sup>(20)</sup>, pero también se puede considerar una vulnerabilidad social asociada a personas dependientes, personas en situación de dependencia, víctimas de violencia sobre la mujer o personas menores de edad.

---

(20) En concreto se dispone que el tribunal para apreciar la situación de vulnerabilidad económica «podrá considerar el hecho de que el importe de la renta, si se trata de un juicio de desahucio por falta de pago, más el de los suministros de electricidad, gas, agua y telecomunicaciones suponga más del 30 por 100 de los ingresos de la unidad familiar y que el conjunto de dichos ingresos no alcance: a) Con carácter general, el límite de 3 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (en adelante IPREM). b) Este límite se incrementará en 0,3 veces el IPREM por cada hijo a cargo en la unidad familiar. El incremento aplicable por hijo a cargo será de 0,35 veces el IPREM por cada hijo en el caso de unidad familiar monoparental o en el caso de cada hijo con discapacidad igual o superior al 33 por ciento. c) Este límite se incrementará en 0,2 veces el IPREM por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar o personas en situación de dependencia a cargo. d) En caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, el límite previsto en la letra a) será de 5 veces el IPREM, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo».



## 2.4 Grandes tenedores y Ley de arrendamientos urbanos

Si como se ha visto anteriormente la Ley por el Derecho a la Vivienda ha introducido algunas modificaciones en la L 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, también se identifica en su disposición final primera, la modificación de la L 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Sin ánimo de extender la explicación, uno de los aspectos interesantes de la nueva redacción del artículo 10 relativo a la prórroga del contrato, es la introducción en el apartado segundo de una prórroga extraordinaria de un año<sup>(21)</sup>, siempre que el arrendador sea gran tenedor y que el arrendatario de vivienda se encuentre en situación de vulnerabilidad social y económica. A este respecto, la norma indica que esta solicitud de prórroga extraordinaria requiere la acreditación por parte del arrendatario de una situación de vulnerabilidad social y económica sobre la base de un informe o certificado emitido en el último año por los servicios sociales de ámbito municipal o autonómico y debe ser aceptada obligatoriamente por el arrendador cuando este sea un gran tenedor de vivienda de acuerdo con la definición establecida en la L 12/2023, de 24 de mayo, salvo que se hubiese suscrito entre las partes un nuevo contrato de arrendamiento.

## BIBLIOGRAFÍA

- BENITO MARTÍNEZ, J., y BENITO LOZANO, J., «Vivienda y personas mayores», en Hernández Pedreño, M. *Vivienda y exclusión residencial*. Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2013, pp. 223-241.
- COBACHO GONZÁLEZ, E., y SILVA LÓPEZ, P., «Personas mayores y políticas de vivienda», en Sarasola Sánchez-Serrano, J. L. *Trabajo social y servicios sociales para personas mayores*, Universidad Pablo Olavide, Sevilla, 2015, pp. 129-136.
- FUENTES-LOJO RIUS, A., «Guía interpretativa sobre el concepto de gran tenedor de viviendas», *Diario La Ley*, núm. 10486, 2024.
- GÓMEZ GARRIDO, A., y RODRÍGUEZ PASQUÍN, M., «Personas mayores y exclusión residencial», en Hernández Pedreño, M. y Manzanera Román, S. *La vivienda en España: respuesta institucional y colectivos vulnerables*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 179-194.
- GUILLÉN NAVARRO, N. A., *El beneficiario de las viviendas sometidas a un régimen de protección pública*. Marcial Pons. Madrid. 2012.

---

(21) Esta situación se aplica con respecto a los contratos de arrendamiento de vivienda habitual sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, en los que finalice el periodo de prórroga obligatoria previsto en su artículo 9.1, o el periodo de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1.

HERNÁNDEZ PEDREÑO, M., y MANZANERA ROMÁN, S., *La vivienda en España: respuesta institucional y colectivos vulnerables*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., «El régimen de los grandes tenedores de viviendas en la ley por el derecho a la vivienda», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 41, 2024, pp. 388-426.

NIETO CRUZ, A.; LÓPEZ SUÁREZ, C.; CERVILLA GARZÓN, M. D, y ZURITA MARTÍN, I. *Vivienda y colectivos vulnerables*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

## G. Función social de la propiedad vinculada al derecho a la vivienda

**Juli Ponce Solé**

*Catedrático de Derecho Administrativo*

*Universidad de Barcelona*

*Codirector de la Cátedra Barcelona de Estudios de Vivienda.*

*jponce@ub.edu*

**Resumen:** *El estudio analiza la delimitación de la función social de la propiedad de viviendas realizada por la LDV, que culmina una larga evolución, avalada por el Derecho y la jurisprudencia europeos. En esta ley estatal se establece el deber de los propietarios de viviendas de usarlas efectivamente conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y urbanismo, garantizando en todo caso la función social de la propiedad. Este deber forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad sobre viviendas y supone una delimitación de este en razón de su función social para contribuir a la efectividad del derecho a la vivienda, configurado ahora como un auténtico derecho subjetivo por la STC 79/2024, de 21 de mayo, que ha considerado conformes con la CE todos los preceptos de la LDV referidos a la función social de la propiedad. En particular, el análisis se centra en diversas manifesta-*



*ciones legales de la función social de la propiedad, como la regulación de las viviendas vacías y la posibilidad de que los Ayuntamientos aumenten el IBI bajo determinadas circunstancias legalmente previstas, la declaración de ZMRT (considerada por la STC 26/2025 como una delimitación del derecho de propiedad adecuada a la Constitución) o las reservas para viviendas sometidas a algún régimen de protección pública, posibles también en suelo urbano consolidado. Se termina con una reflexión sobre los límites jurídicos respecto a cargar a la propiedad privada con obligaciones positivas que, en definitiva, corresponden al sector público, como la creación de un parque público de viviendas suficiente y adecuado, abogando por el uso de la técnica de las preasignaciones presupuestarias para conseguir un nivel de inversión pública adecuado.*

**Palabras clave:** *propiedad, función social, derecho a la vivienda, preasignaciones presupuestarias.*

**Abstract:** *The study analyzes the LDV's delimitation of the social function of housing ownership, which culminates a long evolution, supported by European law and case law. The law establishes the duty of homeowners to use their dwellings effectively in accordance with their qualification, condition and objective characteristics, in accordance with housing and urban planning legislation, guaranteeing in all cases the social function of housing. This duty forms part of the essential content of the right of ownership of dwellings and supposes a delimitation of its social function in order to contribute to the realization of the right to housing, which is the effectiveness of the right to housing, now configured as a true subjective right by the decision of the Spanish Constitutional Court 79/2024, of May 21, which has considered all the precepts of the all the precepts of the LDV referring to the social function of property in conformity with the Spanish Constitution. In particular, the analysis focuses on various legal manifestations of the social function of property, such as the regulation of empty dwellings and the possibility for municipalities to increase the housing tax under certain legally stipulated circumstances, the declaration of ZMRTs or the inclusionary housing also possible in consolidated urban land. It ends with a reflection on the legal limits to burdening private property with positive obligations that, in the end, correspond the public sector, such as the creation of a sufficient and adequate public housing stock, advocating the use of the technique of earmarking in public budget to achieve an adequate level of public investment.*

**Keywords:** *ownership, social function, right to housing, earmarking.*



**Sumario:** 1. La función social de la propiedad y el derecho a la vivienda: de Duguit a la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. 2. La función social de la propiedad de vivienda en la Ley 12/2023: los deberes del propietario de una vivienda en España de acuerdo a la Ley 12/2023. 3. Algunos ámbitos específicos de actuación de la LDV en la delimitación legal del derecho de propiedad en garantía del derecho a la vivienda. 3.1 Vivienda vacía e incumplimiento de la función social de la propiedad. 3.2 Las Zonas de Mercado Residencial Tensionado (remisión). 3.3 Reservas urbanísticas para vivienda de protección oficial en suelo y función social de la propiedad: el caso específico del suelo urbano consolidado. 4. Conclusiones: función social y gasto público. Bibliografía.

## 1. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD Y EL DERECHO A LA VIVIENDA: DE DUGUIT A LA LEY 12/2023, DE 24 DE MAYO, POR EL DERECHO A LA VIVIENDA

El tema de la función social de la propiedad en general es un tema clásico, sobre el que existen numerosas publicaciones y que daría para un extenso análisis. Pero en este breve estudio me voy a concentrar aquí exclusivamente sobre la función social de la propiedad privada, no a la pública de viviendas dotacionales, de viviendas «libres», esto es, no sometidas a ningún régimen de protección pública, de acuerdo con lo que ahora señala al respecto la ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (en adelante, LDV).

Desde el ciclo de conferencias impartido por Duguit en Argentina en septiembre de 1911, invitado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, por marcar un momento histórico en relación con el concepto de función social de la propiedad, hasta la LDV ha llovido, sin duda, mucho<sup>(1)</sup>. La propiedad concebida en el Código Civil español del estado liberal de 1889 no es ni puede ser la misma concepción de la propiedad en un Estado social y Democrático de Derecho de 2024, por mucho que algunos se empeñen en ello<sup>(2)</sup>.

El Código Civil, desde la perspectiva de las fuentes del Derecho, es una simple ley, sometida a la Constitución española (en adelante, CE),

---

(1) Sobre este ciclo de conferencias puede verse HERRERA, 2014 pp. 147-177. Sobre si Duguit fue o no el fundador de la teoría de la función social de la propiedad, KENNEDY, 2003, 631, 649-74.

(2) El Informe del CGPJ sobre el anteproyecto de la LDV, señala en su párrafo 90 y conclusiones que:

«El artículo 11.1-a) del texto hace referencia al uso propio de la vivienda, esto es, a su efectivo destino habitacional, como se ha expuesto. Cualquier uso y disfrute diferente ha de considerarse, pues, impropio, por más que, sin embargo, sea legal en la medida en que cualquier otro destino inmediato forma parte del haz de facultades que se reconocen socialmente como inherentes al derecho de propiedad». La conclusión señala literalmente que «el anteproyecto altera el entendimiento de la propiedad privada de la vivienda y la parcial derogación del artículo 348 del C.c.».

cuyo artículo 33, al reconocer el derecho a la propiedad como un derecho constitucional no fundamental (33.1) establece que la función social de este derecho *delimitará* su contenido, de acuerdo con las leyes (art. 33.2). O con la bella fórmula recogida en el artículo 14 de la Constitución alemana de 1949, «la propiedad obliga (*Eigentum verpflichtet*). Su uso deberá servir, al mismo tiempo, el bien común».

Así lo han reconocido, por solo ceñirnos al nivel europeo y al ámbito judicial, tanto el TEDH, cuya jurisprudencia debe inspirar la interpretación del derecho de propiedad en España, de acuerdo con el artículo 10.2 CE<sup>(3)</sup>, como el TJUE, así como en España el Tribunal Constitucional.

El TEDH, al interpretar el alcance de la intervención administrativa en relación con el derecho de la propiedad, reconocido éste sí explícitamente en el artículo 1 del Protocolo número 1 del Convenio<sup>(4)</sup>, ha señalado en diversas sentencias que la eliminación de lo que se consideran por parte de los legisladores injusticias sociales es un ejemplo de las funciones de los poderes legislativos democráticos.

Más concretamente, el TEDH subraya que las sociedades modernas consideran que *la vivienda es una necesidad primordial, la regulación de la cual no puede ser dejada totalmente en manos del mercado*. Por ello, el TEDH destaca que *el legislador tiene un amplio margen de apreciación en la delimitación del derecho de propiedad, sólo limitado por el respeto al principio de proporcionalidad*. Esta doctrina del TEDH le ha permitido considerar conforme con el Convenio diversas legislaciones italianas y austriacas que establecían, respectivamente, una limitación legal a las posibilidades de desahucio de inquilinos por parte del propietario y un control legal de los importes de los alquileres, estableciendo máximos (casos Spadea y Scalabrino vs. Italia, sentencia de 28 de setiembre de 1995, y Mallacher y otros vs. Austria, sentencia de 19 de diciembre de 1989).

El TEDH considera, como hemos visto, que el legislador tiene un amplio margen de apreciación en la delimitación del derecho de propiedad reconocido en el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio Europeo de

---

Entre la doctrina, puede verse, ejemplo, SIMON MORENO, 2023, 139-177: «En nuestra opinión, la función social debe considerarse como algo externo al contenido del derecho de propiedad privada...».

(3) «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

(4) «Artículo 1. Protección de la propiedad.

Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas».



Derechos Humanos, solo limitado, precisamente, por el principio de proporcionalidad y concretamente por la idea de balance justo (*fair balance*), que tiene que ser analizado caso por caso, para detectar si existe una eliminación del aprovechamiento económico del propietario. Un caso en que se aplicó esta doctrina de forma clara es la sentencia del TEDH Nobel y otros vs. Holanda, de 2013, en la que ante la demanda de varios propietarios contra una regulación holandesa que limitaba el precio de los alquileres, el TEDH desestimó las reclamaciones, debido a las concretas circunstancias, afirmando en los párrafos 38 y 39 que:

«En los casos en cuestión, el Tribunal observa que no se ha demostrado que los solicitantes primero y tercero [...] no obtengan un beneficio decente de sus ingresos por concepto de alquiler. Lo que sí está claro es que estos solicitantes reciben niveles de alquiler muy superiores al nivel del impuesto sobre la propiedad que se cobra por los pisos [...]. Además, no hay ninguna indicación que los ingresos por concepto de alquiler no cubran los gastos de mantenimiento y los impuestos necesarios... En cuanto al segundo demandante, se observa que, incluso suponiendo que el alquiler pagado por Y no cubra todos los gastos relacionados con la vivienda, no puede decirse que la decisión del Tribunal Regional haya sido desproporcionada. El solicitante compró el edificio de buena gana, consciente de la cuantía del alquiler que paga. Además, hay que suponer que una persona que compra un edificio para alquilarlo es consciente de las restricciones impuestas por el derecho interno en cuanto a la cuantía máxima del alquiler exigible por una determinada norma y los máximos aumentos anuales de alquiler permitidos. El Tribunal está de acuerdo con las autoridades nacionales que era responsabilidad del segundo solicitante incorporar este conocimiento en las negociaciones de precios cuando compró el edificio».

Por todo ello, el Tribunal considera que, teniendo en cuenta el amplio margen de apreciación concedido en los Estados contratantes para regular los problemas de la vivienda, el control del uso de la propiedad en los presentes casos puede considerarse justificado en el sentido del segundo párrafo del artículo 1 del Protocolo Núm. 1 del Convenio.

Por su parte, en cuanto al ámbito de la UE, hay que señalar que la CDFUE, si bien, como es sabido, con el ámbito de aplicación previsto en el artículo 51 de la misma<sup>(5)</sup>, prevé la posibilidad de regular el derecho

---

(5) «Artículo 51. Ámbito de aplicación.

1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, Estos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias.

2. La presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados».

de propiedad en caso de necesidad para conseguir los intereses generales<sup>(6)</sup>. Por su parte, el TJUE acepta esta limitación siempre que no constituya, respecto del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable en las prerrogativas del propietario, la cual atentaría contra la propia esencia del derecho de propiedad. Así, la STJUE en el caso Hauer, de 13 de diciembre de 1979, entiende que se respeta esta relación razonable de proporcionalidad y en la STJUE de 27 de enero de 2022 acepta la posibilidad de intervención para la protección concreta del medio ambiente.

En el ámbito de los Estados miembros de la UE, otros países europeos vinculan el derecho de propiedad al cumplimiento de cometidos sociales, conectados también al derecho a la vivienda. En el caso francés, encontramos la espectacular institución de la tregua invernal, entre otros mecanismos. En virtud de esta regulación legal (*Code de la Construction et de l'Habitation*, L-613, 3,4 y 5), los arrendatarios con título no pueden ser objeto de desahucio entre noviembre y marzo (la jurisprudencia francesa ha señalado, además, que, ante el silencio de la ley, no existe responsabilidad del Estado legislador en este caso, ante la inexistencia de un perjuicio de carácter excepcional y especial, (CAA Nantes, 26 janvier 1994, Ministère de l'intérieur: *req. no 92NT00581*). Esta previsión ha sido completada con la Ley de 13 de julio de 2006, cuyo artículo 75 prevé que, en el mismo periodo de tiempo, los proveedores de electricidad, calor, gas y agua no pueden interrumpir el suministro por falta de pago a la vivienda, si se trata de una residencia principal y si en el último año el ocupante se ha beneficiado de ayudas específicas en el ámbito de la vivienda.

Centrándonos ya en el caso español, de la conjunción entre los artículos 33.2 CE, 128.1 CE y 47 CE (entre otros, véase, por ejemplo, el artículo 130.1 CE) surge, mediante una interpretación jurídica sistemática, un concepto de propiedad privada caracterizado por esa idea de función social, recogida por el TC español en una jurisprudencia consolidada, que tiene como *leading case* a la STC 37/1987, que se refiere a la propiedad rural. En realidad, la STC crucial en este punto es la STC de 1994 sobre la LAU.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión en diversas ocasiones de exponer muy claramente este concepto moderno del derecho de propie-

---

(6) Artículo 17 Derecho a la propiedad.

1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general.

dad. Es muy relevante al respecto la STC 37/1987, de 26 de marzo, que plasma la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, seguida por el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones con cita expresa de esta decisión. En la misma, como es sabido, se conoció de la impugnación de ciertos preceptos de la Ley andaluza de 1984 de reforma agraria. El Tribunal Constitucional concluyó que el legislador podía exigir deberes positivos a los propietarios de fincas, restringiendo sus facultades de decisión con relación al uso, destino y aprovechamiento de los fundos rústicos y exigiéndoles deberes de explotación y de mejora orientados a la obtención de una mejor utilización productiva de la tierra desde la perspectiva de los intereses generales, eso sí, siempre que quedara a salvo la rentabilidad del propietario o empresa agraria.

Además, en conexión directa con el derecho a la vivienda, el Tribunal Constitucional, en su decisión 89/1994, de 17 de marzo, consideró constitucional la regulación de la LAU 1964 en cuanto establecía la prórroga forzosa para el arrendador de los contratos de arrendamiento (con virtual congelación de rentas), entendiéndola como una delimitación del derecho de propiedad justificada en el artículo 47 CE y vinculando función social de la propiedad y derecho a la vivienda.

El Tribunal Constitucional señala en esta sentencia que (FJ 5):

«la historia de la regulación de los arrendamientos urbanos muestra efectivamente que la introducción de la prórroga forzosa, entre otras medidas, respondía a una finalidad tuitiva de intereses que se consideraban necesarios de una especial protección, concretamente la de los arrendatarios ante la situación del mercado inmobiliario [...]. *En el contexto de la vigente Constitución, esa delimitación del derecho de propiedad encuentra una justificación en la proclamación del artículo 47 del texto fundamental, que recoge el derecho a disfrutar de una vivienda y ordena a los poderes públicos que promuevan las condiciones para ello necesarias.* Además, no puede olvidarse la relevancia que la continuidad del arrendamiento reviste para la protección de la estabilidad del domicilio familiar, y de la misma familia, en la línea de lo dispuesto en el artículo 39.1 de la Constitución. Responde así a la función social de la propiedad inmobiliaria, sin vulneración constitucional, que el legislador establezca una limitación de esa propiedad que, sin suponer su vaciamiento o desfiguración, pueda contribuir (*con mayor o menor fortuna, según las distintas teorías económicas*) a satisfacer un derecho constitucionalmente afirmado» (cursiva del autor).

Esta STC de 1994 citada ha tenido continuidad en el ámbito específico de las limitaciones legales a los precios de alquiler en la STC 26/2025, de 29 de enero. En la misma se indica que dichos topes de precios suponen una delimitación del derecho de propiedad en razón de su función

social, de acuerdo con el art. 33.2 CE y, citando jurisprudencia del TEDH, se afirma la existencia de un justo equilibrio entre las cargas y beneficios de la propiedad, pues lo que se afecta aquí es una mera expectativa de beneficio económico mayor, sin que se viole, pues, el contenido esencial del derecho de propiedad sobre las viviendas afectadas.

Esa justificación de la delimitación del derecho de propiedad basada la vivienda se ve ahora reforzada por la proclamación indubitada por la STC 79/2024, de 21 de mayo, de un auténtico derecho subjetivo a la vivienda en el artículo 47, rompiéndose así con una jurisprudencia del TC que desde la CE se había negado sistemáticamente a reconocer la existencia de un derecho a la vivienda.

Si bien una parte de la doctrina ya había insistido sobre la existencia de un auténtico derecho subjetivo (estableciendo obligaciones de medios) en el artículo 47 CE y el TS y el resto de los tribunales no tenían mayor problema en hablar de un derecho a la vivienda y de tutelarlos en su caso<sup>(7)</sup>, lo cierto es que el TC había insistido en la inexistencia de un derecho, como puede apreciarse en la STC 32/2019 e incluso lo había negado en el caso de los Estatutos de Autonomía que explícitamente los recogían, degradando la vivienda a un mero principio rector (STC 247/2007, de 12 de diciembre de 2007, objeto de críticas por una parte de la doctrina)<sup>(8)</sup>.

Ello se ve modificado radicalmente en la mencionada sentencia de 2024, que señala ahora lo siguiente (FJ 3 B a ii):

«Los compromisos internacionales de España en materia de derechos humanos *refrendan la existencia de un derecho a la vivienda, reconocido también en varios estatutos de autonomía* y cuya efectividad es precisamente lo que se encomienda a todos los poderes públicos en el artículo 47 CE. La inexistencia de una regulación estatal sobre condiciones básicas para la igualdad en el ejercicio de este derecho constitucional explica su falta de consideración aplicativa en nuestra doctrina, habiendo sido suficiente el canon del artículo 149.1.1 CE en relación con otros derechos, o el del artículo 149.1.13 CE. A este se recondujeron en su momento, de forma categórica, las SSTC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2, y 59/1995, de 17 de marzo, FJ 3, pero no puede obviarse que fueron dictadas en el marco de sendos conflictos de competencia respecto a la financiación del Estado, que es la vía por la que el Estado había incidido en la materia hasta el momento» (cursiva del autor).

(7) PONCE Y MOLTÓ, 2017, donde se recogen las distintas posturas doctrinales y la jurisprudencia.

(8) Véase por todos, SÁNCHEZ FERRIZ, 2022, pp. 23 ss.

Derecho a la vivienda que en la LDV implica la imposición incluso de una obligación de resultado, en los artículos 27 y en la DA segunda<sup>(9)</sup>. En el primero se habla de la obligación de establecer objetivos específicos para la ampliación de los parques públicos de vivienda, que en la segunda se concreta, a falta de regulación autonómica en el pasado año, en la obligación de disponer en 20 años de un parque mínimo de viviendas destinadas a políticas sociales del 20 % respecto al total de hogares que residen en aquellos municipios en los que se hayan declarado Zonas de Mercado Residencial Tensionado.

Existiendo pues un derecho de propiedad y un derecho a la vivienda, ambos constitucionales y no fundamentales, y estando delimitado el primero por la función social vinculado al segundo, corresponde ver como el legislador estatal ha establecido dicha delimitación en la LDV.

## 2. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD DE VIVIENDA EN LA LEY 12/2023: LOS DEBERES DEL PROPIETARIO DE UNA VIVIENDA EN ESPAÑA DE ACUERDO A LA LEY 12/2023.

La LDV establece como novedad destacada en la regulación estatal de vivienda hasta el momento el deber de uso de las viviendas de propiedad

---

(9) Diferente, sin embargo, de las obligaciones de resultado, mucho más concretas contenidas en las leyes de vivienda vasca de 2015, valenciana de 2017 o navarra de 2018, en las que existe un derecho a obtener un alojamiento por parte de determinados colectivos de personas. En el ámbito del Plan de Vivienda estatal establecido por el Real Decreto 42/2022, véase al respecto el artículo 37:

«Artículo 37. Solución habitacional.

1. Las comunidades autónomas o ciudades de Ceuta y Melilla pondrán a disposición de la persona víctima de violencia de género, víctima de trata con fines de explotación sexual, víctima de violencia sexual, objeto de desahucio de su vivienda habitual, sin hogar o especialmente vulnerable, una vivienda de titularidad pública o privada, adecuada a sus circunstancias en términos de tamaño, servicios, accesibilidad y localización, para su disfrute, de forma individual o compartida, en régimen de alquiler, de cesión de uso o en cualquier régimen de disfrute temporal admitido en derecho, respetando, en su caso, los procedimientos de adjudicación de vivienda que tengan establecidos las comunidades autónomas o ciudades de Ceuta y Melilla para los parques de vivienda de titularidad pública.

2. Esta solución habitacional se hace extensible excepcional y provisionalmente, si se acredita que no es posible la puesta en disposición de una vivienda conforme a lo señalado en el apartado anterior, para cualquier alojamiento o dotación residencial, susceptible de solventar el problema habitacional de las personas víctimas de violencia de género, víctimas de trata con fines de explotación sexual, víctimas de violencia sexual, objeto de desahucio de su vivienda habitual, sin hogar o especialmente vulnerables. En todo caso se deberán salvaguardar los derechos constitucionales a la intimidad y a la libertad de tránsito de las personas alojadas.

3. Se procurará que nadie viva en viviendas o soluciones habitacionales de emergencia o de transición más tiempo del necesario para su traslado exitoso a una vivienda o solución habitacional permanente».

privada, nuevo deber que se añade al deber de conservación clásico desde la LS de 1956 (art. 168.1)<sup>(10)</sup>. Así, el artículo 1.2 señala que:

**«Artículo 1. Objeto de la ley.**

2. Con objeto de asegurar el ejercicio del derecho a la vivienda, *será asimismo objeto de esta ley la regulación del contenido básico del derecho de propiedad de la vivienda en relación con su función social, que incluye el deber de destinar la misma al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, en el marco de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística*, así como de mantener, conservar y rehabilitar la vivienda, atribuyendo a los poderes públicos la función de asegurar su adecuado cumplimiento, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de la aplicación de las medidas que legalmente procedan» (cursiva del autor).

Por su parte el artículo 11 establece que:

**«Artículo 11. Contenido del derecho de propiedad de la vivienda: deberes y cargas.**

1. Además de los deberes establecidos en la legislación estatal de suelo en función de la situación básica de los terrenos en los que se sitúe la vivienda, de conformidad con la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística de aplicación, el derecho de propiedad de la vivienda queda delimitado por su función social y comprende los siguientes deberes:

*a) Uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación, garantizando en todo caso la función social de la propiedad»* (cursiva del autor).

Estas previsiones de la LDV no están vinculadas a la competencia estatal sobre el artículo 149.1.8 CE sino sobre el artículo 149.1.1 CE en relación con el artículo 33.2, precisamente, como señala la STC 79/2024 en su FJ 6B respecto a la letra e de este artículo 11 que obliga en ZMRT a propietarios que no sean grandes tenedores a ofrecer información:

«... el contenido y finalidad del artículo 11.1 e) de la Ley 12/2023 lo sitúan, de acuerdo con la doctrina sentada ya desde la STC 37/1987 y sintetizada en

---

(10) Como ya dijimos, no nos referimos aquí a las viviendas dotacionales o sometidas a algún régimen de protección pública (viviendas sociales ahora, artículo 3) donde el deber de uso ha formado tradicionalmente parte del estatuto jurídico de las mismas.



el fundamento jurídico 3 B) c) de esta sentencia, extramuros de la materia “legislación civil”. Ciertamente, regula cuestiones jurídico-públicas referidas a la llamada vertiente institucional del derecho de propiedad. [...]».

Ello es notorio por el mismo tenor de la redacción con que se abre el artículo 11.1, que precisamente enumera una serie de deberes comprendidos en la delimitación del derecho de propiedad por su función social. En este punto debe acogerse la argumentación del abogado del Estado, pues la finalidad y el contenido del artículo 11.1 de la Ley 12/2023 son los de regular el cuadro de derechos y deberes de los propietarios de viviendas para garantizar la igualdad en las condiciones de ejercicio del derecho y el cumplimiento de los deberes inherentes a su función social y, en el caso concreto del inciso e) respecto a las que, por estar ubicadas en ciertas zonas, tienen el régimen al que, desde otra perspectiva, se refería el fundamento jurídico previo de esta sentencia. De acuerdo con lo sentado allí y aplicando la doctrina que para la propiedad de suelo urbano en general estableció la STC 16/2021, FJ 8, el deber que ese precepto impone no puede considerarse un exceso. Se trata, por tanto, de un legítimo ejercicio de la competencia estatal del artículo 149.1.1 CE en conexión con el artículo 33.2 CE».

Como antecedentes de estos preceptos que establecen el deber de uso, cabe señalar, fuera de la legislación de vivienda, en la legislación del suelo estatal la ley 8/1990, artículo 10.1, que pasó a ser el 21.1 del TRLS de 1992, que estableció, junto al deber de conservación, el deber de los propietarios de terrenos y construcciones de destinar efectivamente al uso en cada caso establecido por el planeamiento urbanístico. En la Ley 6/1998 se mantuvo este apartado, pero formulándolo en negativo: los propietarios de terrenos y construcciones debían destinarlos a usos «que no resulten incompatibles con el planeamiento urbanístico...» (art- 19.1). La ley 8/2013 volvió a formular el deber en positivo, deber que pasó al TRLSRU de 2015 en el artículo 15.1 a.

En estos preceptos urbanísticos, lógicamente, la referencia al deber no es concreta, pues se trata de todo tipo de construcciones, sean viviendas, ubicadas en suelo calificado residencial, o de otro tipo. Es ahora la LDV la que especifica en los artículos 1.2 y 11 citados dicho deber respecto a las viviendas, remitiéndose a la legislación autonómica para su concreción (art. 11.2). Este deber es una novedad, como decimos, absoluta a nivel estatal, aunque no en el conjunto de las legislaciones autonómicas pre-existentes, entre las que unas cuantas habían establecido un deber similar objeto de análisis por el TC en diversas sentencias.

Así, la legislación pionera en esta materia fue la catalana de 2007, si bien el TC no conoció de la misma hasta catorce años más tarde (STC 16/2021), para concluir que el deber de uso no podía establecerse

por Decreto Ley, aunque sin pronunciarse sobre la posibilidad de hacerlo por ley. En el caso andaluz, si bien la legislación estableció este deber con posterioridad a Cataluña, la misma fue objeto de la primera STC al respecto (STC 93/2015, que se ocupó de la disposición adicional segunda del Decreto ley andaluz 6/2013<sup>(11)</sup> y luego STC 32/2018, que analiza la disposición adicional primera de la ley andaluza 4/2013), seguida por otras posteriores referidas a Navarra (STC 16/2018), País Vasco (97/2018) o Extremadura (STC 106/2018). Aunque hay 15 SSTC previas a la 79/2024, solo nos centraremos en algunas de ellas, las más relevantes, que son repetidas en otras posteriores<sup>(12)</sup>.

Del conjunto de estas sentencias se desprende, con un bandazo notable entre la primera sentencia mencionada, referida a Andalucía y la segunda, tres años más tarde, relativa a Navarra<sup>(13)</sup>, que el TC permite, con un análisis competencial del asunto, que las CCAA puedan establecer un deber de uso de las viviendas, pero no por Decreto Ley, pues este afecta al derecho de propiedad (STC 93/2015, de 14 de mayo y 16/2021, de 28 de enero). Ahora bien, ha señalado el TC que no se trata de un auténtico deber de los propietarios, sino de «un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda» sin formar parte del contenido esencial del derecho de la propiedad (STC 16/2018, FJ 5). El incumplimiento de este «mandato», puede dar lugar a sanciones (STC 16/2018) e incluso a la expropiación de la vivienda no usada, siempre y cuando ésta no tenga una afectación sustancial al mercado hipotecario, es decir, no sea de bancos deudores hipotecarios, en cuyo caso se estaría vulnerando el artículo 149.1.13 CE (STC 16/2018, STC 32/2018, ya citadas, y también a STC 32/2018, de 12 de abril, FJ 5, que declara inconstitucional y nula la disposición adicional primera de la Ley andaluza 4/2013, STC 43/2018, de 26 de abril, FJ 4, que declara inconstitucional y nula la disposición adicional cuarta de la Ley canaria 2/2014, STC 80/2018, en referencia al art 13 de la Ley valenciana 2/2017 y STC 8/2019, que declara nulas las referencias a la expropiación de la Ley catalana 4/2016, arts 17, 3, 4 y 5).

Coincidimos con el profesor Menéndez Reixach en que la LDV y las leyes autonómicas que establecen y precisan este deber de uso están incidiendo en el contenido esencial del derecho de propiedad de acuerdo con su función social, cosa que pueden hacer, como señala la STC 37/1987,

---

(11) Analizada en PONCE, 2015, publicado en el blog del instituto Transjus de la Universitat de Barcelona.

(12) Un análisis detallado de las mismas está disponible en PONCE, 2023.

(13) Véase el análisis de ambas SSTC y el cambio de rumbo del TC en PONCE, 2018 en el blog del mencionado Transjus.

sin vulnerar competencias estatales ni de garantía de la igualdad básica ni la relativa a la legislación civil (STC 16/2018)<sup>(14)</sup>.

Ahora la STC 79/2024 señala como el hecho de que (FJ 3Bi) «las comunidades autónomas ostentan competencias sobre la concreción de la función social de la propiedad privada de la vivienda como legisladores sectoriales de la materia es algo que han reconocido, entre otras muchas, la STC 57/2022, de 7 de abril, y las allí citadas, pues se trata de una competencia autonómica ampliamente ejercida. Pero esto no puede impedir que el Estado ejerza también su competencia, *ex* artículo 149.1.1 CE. Para el ámbito de la vivienda, hasta ahora no lo había hecho, pero sí en otros. Así, la competencia del legislador estatal para regular el cuadro de derechos y deberes de los propietarios de suelo, para “garantizar la igualdad en las condiciones de ejercicio del derecho de propiedad urbana y en el cumplimiento de los deberes inherentes a la función social” resultó avalada en la STC 16/2021, de 28 de enero, FJ 8, evidentemente con los límites que derivan del necesario respeto a las competencias autonómicas».

### 3. ALGUNOS ÁMBITOS ESPECÍFICOS DE ACTUACIÓN DE LA LDV EN LA DELIMITACIÓN LEGAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN GARANTÍA DEL DERECHO A LA VIVIENDA

#### 3.1 **Vivienda vacía e incumplimiento de la función social de la propiedad**

Siendo la vivienda vacía un problema común en diversos países que comparten una tradición constitucional de delimitación del derecho de propiedad en garantía del interés general, no es de extrañar que, desde hace ya muchos años, diversos estados vengan reaccionando contra el incumplimiento de la función social a la propiedad que supone mantener una vivienda vacía, mientras existen numerosas personas que necesitan un techo para vivir<sup>(15)</sup>.

Estos países no hacen sino seguir las recomendaciones de la ONU, la cual, mediante su relatora especial en materia de vivienda, ha señalado en 2013 como:

---

(14) MENÉNDEZ REIXACH, 2024, pp. 149 ss.

(15) De lo que se ha hecho eco la prensa internacional, con cita específica del caso español y catalán, aquí.

«la propiedad tiene una función social fundamental, en particular el derecho a una vivienda adecuada para los pobres de las zonas urbanas. Los Estados deberían establecer un equilibrio entre los derechos de propiedad y la función social de la propiedad al elaborar y aplicar las políticas sobre la vivienda y otras políticas pertinentes. Concretamente, los Estados, y en particular las autoridades competentes, deberían promover el acceso de los pobres de las zonas urbanas a una vivienda segura y bien ubicada mediante, entre otras, las medidas siguientes: d) Adoptar medidas para luchar contra la especulación y la infrautilización de tierras, viviendas y edificios privados»<sup>(16)</sup>.

De igual modo, el Parlamento europeo, en su resolución de 11 de junio de 2013 sobre vivienda social en la Unión Europea, antes citada «Pide a los Estados miembros y a las autoridades regionales y locales que adopten medidas eficaces e incentivadoras, basándose en análisis prospectivos de la necesidad de viviendas, para luchar contra la existencia de viviendas vacías de larga duración, en especial, en las zonas con tensiones, para luchar contra la especulación inmobiliaria y movilizar esas viviendas para convertirlas en viviendas sociales».

Efectivamente, países como Francia, Bélgica, Inglaterra o los Estados Unidos de América, entre otros, establecen a través de su legislación medidas para combatir la existencia de viviendas vacías. Si bien todos estos países recurren a medidas de fomento, también todos ellos combinan éstas con intervenciones públicas de limitación que pueden llegar hasta la expropiación del uso de la vivienda vacía que incumple su función social, como es el caso inglés, donde la ley permite la expropiación del uso de viviendas privadas que hayan estado vacías al menos seis meses, mediante la emisión de EDMO, *Empty Dwellings Management Orders*<sup>(17)</sup>. En el caso inglés, existe ya resolución de conflictos sobre la intervención coactiva sobre viviendas vacías, sosteniendo su legalidad en caso de su concreta aplicación<sup>(18)</sup>.

En el caso norteamericano, numerosas ordenanzas locales imponen registros de viviendas vacías y el pago de tasas a las mismas<sup>(19)</sup>.

En Francia, las medidas contra las viviendas vacías, como un tributo específico<sup>(20)</sup>, se complementan con la mencionada *tregua invernal*, ya mencionada, y con el impuesto del 1% de la masa salarial, instaurado

(16) Véase su informe A/HRC/25/54 aquí.

(17) Véase una explicación del sistema por fuentes del parlamento inglés aquí.

(18) Véase una decisión de la *England and Wales High Court* (Administrative Court) de 2012 aquí.

(19) Véase la explicación del Departamento de vivienda federal, aquí.

(20) Expuestas en español, junto con las de otros países, aquí.



en 1953, que deben pagar las empresas con 20 o más empleados para contribuir al fondo de viviendas para trabajadores<sup>(21)</sup>.

En Bélgica, el tribunal constitucional ha sido llamado en diversas ocasiones a pronunciarse sobre las medidas legales para movilizar el parque de viviendas vacías que incumplen su función social. En sentencias de 20 de abril de 2005 y 29 de julio de 2010 el tribunal constitucional belga ha afirmado la constitucionalidad de tales medidas, que no suponen vulneración del derecho de propiedad y sí persiguen la efectividad del derecho a la vivienda, así como la posibilidad de combinar medidas tributarias y sanciones en relación con esas viviendas vacías (sin que exista *bis in idem*, dada su diferente naturaleza jurídica)<sup>(22)</sup>.

En el caso español, hay que distinguir entre las consecuencias del incumplimiento previstas en la LDV, las que nos interesan aquí, y las previstas en la legislación autonómica. Asimismo, existen nuevas perspectivas aún no exploradas ni por una ni por otra.

a) En cuanto a la LDV, la única consecuencia del incumplimiento del deber de usar la vivienda dando lugar a vivienda vacía es el posible recargo sobre el IBI a imponer por los ayuntamientos. Solo hay una referencia indirecta a posibles sanciones en el artículo 27.3, que señala que los ingresos obtenidos por esta vía deberán dedicarse a los parques públicos de vivienda, lo que, por cierto, la STC 79/2024 considera contrario al principio de autonomía financiera de las CCAA en relación con sus competencias (art. 156 CE, véase FJ 8 Bb).

En cuanto a la vivienda vacía, la ley, en conexión con la función social ya aludida, en su DF3 modifica el artículo 72.4 LHL y – tras la aprobación de la modificación de la ley de haciendas locales en 2004 y la imposibilidad de aplicarla por no estar definidos normativamente sus supuestos hasta su activación con el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo – una ley precisa lo que es vivienda vacía a los efectos de los posibles recargos municipales del IBI.

Es inmueble desocupado con carácter permanente aquél que permanezca desocupado, de forma continuada y sin causa justificada (la ley fija ya algunas), por un plazo superior a dos años (cuatro, si es vivienda de segunda residencia) conforme a requisitos, medios de prueba y procedimiento que establezca la correspondiente ordenanza fiscal, y pertenezca a titulares de cuatro o más inmuebles de uso residencial. Los recargos en IBI son, pues, potestativos para los municipios, fijándolos la ley en hasta 50 %

---

(21) En la actualidad es del 0,45 %, lo que supuso en 2013 casi 3.400 millones de euros recaudados para invertir en vivienda asequible, véase aquí.

(22) Sentencias belgas consultables aquí y aquí.

(el estándar), hasta 100 % (si la vivienda ha estado vacía más de 3 años) y hasta el 150 % (en el caso de titulares de dos o más inmuebles desocupados en el mismo municipio). No obstante, recuérdese que el procedimiento para la declaración de la desocupación y sus causas justificativas, deben quedar recogidas en la Ordenanza Fiscal correspondiente.

b) Respecto a las CCAA, su legislación, si bien dispar, articula en general dos tipos de medidas (si bien no todas las leyes recogen todas estas medidas): de fomento y coactivas.

Entre las primeras, encontramos diferentes fórmulas en las distintas CCAA que no es el momento ahora de detallar. Respecto a las medidas coactivas, cabe distinguir la imposición de sanciones, que ya hemos mencionado, las multas coercitivas, las órdenes de ejecución, y la consideración de la desocupación como supuesto habilitante para la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, que puede conducir a su expropiación total o de su derecho de uso, para forzar su ocupación.

c) Una medida de incentivación no regulada ni utilizada aún por el Estado o las CCAA es el empleo de aportaciones de las ciencias conductuales para desarrollar acicates que incentiven la puesta en el mercado en venta o alquiler de las viviendas vacías, medidas que sí son objeto de interés en países de nuestro entorno, como Francia.<sup>(23)</sup>

### 3.2 Las Zonas de Mercado Residencial Tensionado (remisión)

Asimismo, los controles de renta establecidos en diversos países europeos también son una expresión de la función social de la propiedad sobre viviendas. Si bien este tema será considerado en otro capítulo de este libro, permítasenos solo apuntar aquí que la existencia de un control legal de precios en determinadas áreas urbanas no es, ni mucho menos, insólito en el panorama internacional y europeo. En este último, son ejemplos destacados los ejemplos de la moderna normativa de Francia (ley ELAN, *Loi núm. 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique* o de Alemania, las cuales han sido recientemente consideradas respetuosas con los respectivos or-

---

(23) En general, véase Ponce (Coord.), 2022. Sobre el uso de aportaciones conductuales específicamente en el ámbito de la vivienda vacía, téngase en cuenta el estudio y propuesta de guía para las autoridades públicas realizado por la *Direction Interministérielle de la Transformation Publique (DITP)* del Gobierno de Francia, una unidad que aplica los conocimientos conductuales a las políticas públicas concretas: Encourager la mise sur le marché locatif des logements vacants grâce aux leviers comportementaux | Direction interministérielle de la transformation publique (modernisation.gouv.fr).

denamientos jurídicos, tanto, respectivamente por el Consejo de Estado francés como por el Tribunal Constitucional (TC) alemán<sup>(24)</sup>.

En este último caso, el TC alemán considera que la delimitación legal efectuada respeta el derecho de propiedad incluido en la constitución alemana, antes mencionado. La sentencia del TC alemán de 18 de julio de 2019 considera que los topes de alquiler al principio de los periodos de alquiler establecidos en el artículo 556d.1 del Código no violan la garantía de la propiedad privada, la libertad de contrato y la garantía general del derecho a la igualdad. Los topes de alquiler interfieren con los derechos de propiedad de los propietarios de pisos que están dispuestos a alquilar. Sin embargo, las disposiciones sobre el tope de alquiler, como legislación que define el contenido y los límites de la propiedad, son permisibles en virtud del derecho constitucional. En particular, la interferencia con los derechos de propiedad es proporcionada. Es de interés público evitar el desplazamiento de los sectores económicamente más débiles de la población de las zonas donde la demanda de alojamiento residencial es alta. Por lo tanto, los límites a los alquileres son necesarios; no existen otros medios que, con certeza, sean igualmente eficaces a corto plazo. El legislador ha encontrado un justo equilibrio entre los intereses legítimos de los propietarios y el bien común. El legislador puede modificar las disposiciones relativas a la propiedad, aunque ello conlleve consecuencias negativas para los propietarios. *La garantía de la propiedad privada no protege las expectativas de una renta de alquiler lo más elevada posible*. El alquiler máximo no interfiere en la propiedad hasta el punto de que deban esperarse pérdidas permanentes para los propietarios, una amenaza para la sustancia de la propiedad o la pérdida de cualquier posibilidad razonable de utilizar la propiedad<sup>(25)</sup>.

Como se explicará en el capítulo correspondiente con detalle, la LDV realiza una distinción entre dos tipos de propietarios: los grandes tenedores y el resto. Los grandes tenedores son personas físicas o jurídicas que tienen en propiedad más de 10 viviendas o 1500 m<sup>2</sup> de uso residencial (sin contar garajes ni trasteros), artículo 3k. La inclusión de un propietario en la categoría de gran tenedor implica una serie de consecuencias jurídicas vinculadas a la mayor función social de sus propiedades. Podríamos decir que están más obligados, en la expresión alemana aludida, con consecuencias jurídicas que se explican en otra parte de este libro.

El perímetro de sujetos considerados como gran tenedor, puede ser ampliado en ciertas áreas urbanas por las CCAA, a través de las declaracio-

(24) Decisiones del Consejo de Estado francés de 10 de mayo de 2022, núm. 454450 y del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2019, 1 BvL 1/18, 1 BvL 4/18, 1 BvR 1595/18.

(25) Traducción al español mía del resumen de la sentencia disponible en: Bundesverfassungsgericht – Decisions – Referrals for judicial review and constitutional complaint concerning rent-cap legislation unsuccessful.

nes de las Zonas de Mercado Residencial Tensionado (ZMRT). Se trata de áreas urbanas donde la asequibilidad de la vivienda está muy comprometida, de acuerdo a una serie de parámetros estadísticos fijados en el artículo 18 de la Ley 12/2023. En las ZMRT se imponen a la propiedad de las viviendas determinadas medidas en favor de los arrendatarios, tales como la posibilidad de solicitar una prórroga forzosa para el arrendador y la fijación de topes a los precios de los alquileres de las viviendas incluidas en las mismas. Estamos pues, ante una delimitación del derecho de propiedad en razón de su función social vinculada al derecho a la vivienda.

Téngase en cuenta que Cataluña en 2020 aprobó una ley en la misma línea<sup>(26)</sup>, que fue declarada inconstitucional por violar la competencia en materia de Derecho Civil que corresponde al Estado (art. 149.1.8 CE, STC 37/2022, de 10 de marzo de 2022). Pues bien, impugnadas ahora las Zonas de Mercado Residencial Tensionado de la LDV ante el Tribunal Constitucional español, éste en la sentencia 79/2024, de 21 de mayo, también ha considerado ajustada a la CE la regulación española que delimita el derecho de los propietarios de viviendas en dichas zonas. En el FJ 6Ba, se señala que:

«La definición de gran tenedor es vital para la aplicación de la Ley en cuanto constituye una categoría sobre la que se fundamentan otros preceptos legales, no todos impugnados en la demanda (así, las disposiciones finales quinta y sexta, que modifican la Ley de enjuiciamiento civil y el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, respectivamente). Este tribunal entiende que, en los términos del artículo 3 y teniendo en cuenta el conjunto de la Ley, la definición de gran tenedor de la letra k) resulta imprescindible para asegurar las condiciones básicas del ejercicio del derecho a la vivienda y de propiedad sobre ella, enmarcándose en el ejercicio de la competencia que corresponde al Estado *ex* artículo 149.1.1 CE. Sin ella no pueden comprenderse determinadas obligaciones que se imponen en razón de la función social a ciertos propietarios de viviendas, ni las medidas que se establecen en relación con las notificaciones de lanzamiento, la admisibilidad de acciones de recuperación posesoria, la subasta de bienes o las limitaciones extraordinarias de actualización de la renta de ciertos contratos de arrendamiento».

Asimismo, en su FJ 9 Bb, la STC considera que las delimitaciones legales vinculadas a la función social de la propiedad que imponen prórrogas

---

(26) Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda.



o topes a los alquileres suponen un ejercicio de la competencia del Estado en materia de Derecho Civil (art. 149.1.8).

En cuanto a las obligaciones de los grandes tenedores de ofrecer la información a que se refiere el artículo 19.1 en ZMRT, como una obligación del servicio de interés general declarado en el artículo 4, la STC señala que (FJ 6 B):

«Que, en el caso de viviendas que se sitúan en zonas de mercado residencial tensionado y que pertenecen a grandes tenedores, se puedan exigir obligaciones de información más intensas, como dispone el final del artículo 19.1 de la Ley que la demanda combate, no resulta un exceso competencial. En nada invade ese inciso las competencias autonómicas pues no se establece allí disposición obligatoria alguna».

Y respecto al inciso de la letra e del artículo 11 que extiende esta obligación a todo tipo de propietarios en ZMRT (FJ 6 B), ya expusimos como la STC lo considera basado en el artículo 149.1.1 CE en relación con la función social de la propiedad.

En fin, ya hemos mencionado antes la STC 26/2025, de 29 de enero, que ha considerado una delimitación del derecho de propiedad sobre la vivienda, en razón de su función social, los topes a los precios de alquiler que la LDV permite establecer, negando la afectación del contenido esencial del derecho de propiedad, al tratarse de la regulación de una expectativa de beneficio económico mayor, que no supone negar el equilibrio justo a que hace referencia la jurisprudencia del TEDH citada por el TC español.

### 3.3 Reservas urbanísticas para vivienda de protección oficial en suelo y función social de la propiedad: el caso específico del suelo urbano consolidado

En cuanto al Derecho urbanístico y la función social de la propiedad en relación con la vivienda, en el artículo 15 de la LDV se declara que la calificación como vivienda protegida, a que se refiere el artículo 20.1 b del Texto Refundido estatal de Suelo de 2015 (TRS), no puede modificarse por los planes de urbanismo, salvo justificación de la innecesaridad o la imposibilidad sobrevenida de la construcción de vivienda. Además, se modifica el artículo 20.1b TRS para aumentar los porcentajes de reservas para vivienda protegida: en suelo urbanizable, los terrenos precisos para situar el 40 % de la edificabilidad residencial prevista, salvo que se excepciones garantizando el cumplimiento íntegro y la cohesión social, y en suelo urbano no consolidado, el 20 %. De

esos porcentajes, el 50 % deberá ser en régimen de alquiler, salvo que el plan de urbanismo justifique que ello no es posible por las características de los demandantes u otras circunstancias económicas o sociales. Analizadas estas reservas por la STC 79/2024, son consideradas amparadas por los artículos 149.1, apartados 1 y 13, CE y proporcionadas y coherentes con las finalidades perseguidas (FJ 7Bc).

Nada se señala sobre el suelo urbano consolidado, más allá de exigir que la legislación autonómica debe establecer instrumentos efectivos para asegurar el equilibrio, la calidad de vida el acceso a la vivienda y el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible. Debe recordarse que el Tribunal Constitucional en su sentencia 16/2021 ha considerado constitucionalmente aceptable la reserva para vivienda protegida en suelo urbano consolidado establecida por la legislación catalana y aplicada por el municipio de Barcelona desde 2018<sup>(27)</sup>.

Esta STC versó sobre el Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda, contra el artículo único del Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 1/2020, de 21 de enero, por el que se modifica el anterior, y contra el acuerdo del Parlamento de Cataluña de 4 de marzo de 2020 de validación de este último Decreto-ley 1/2020. En lo que ahora nos interesa, esta STC señala que:

«En los preceptos invocados por los recurrentes no hay norma alguna que prohíba destinar edificaciones al concreto uso que es vivienda protegida. Antes al contrario, el propio artículo 20.1 b) ordena a las comunidades autónomas y ayuntamientos reservar suelo para ello y efectuar una “distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social”, criterio favorable a su posible localización en suelo urbanizado y en edificaciones nuevas o ya existentes que vayan a ser objeto de “actuaciones edificatorias” del artículo 7.2 TRLSRU (según este precepto son actuaciones edificatorias las de “nueva edificación” y también las de “sustitución de la edificación existente” y “rehabilitación edificatoria”). Lo que impone la ley estatal es, cuando hayan de realizarse tales actividades, la equitativa distribución de los beneficios y cargas [art. 17.2, en relación con los artículos 2.1, 14.1 c) y 24] o, si ello no fuera posible, la indemnización de los perjuicios singulares ocasionados (art. 48 TRLSRU), y en todo caso el respeto a los derechos urbanísticos patrimonializados conforme a la ley (art. 11.2) bajo garantía de indemnización (art. 33.3 CE)».

---

(27) No podemos en estos momentos explicar el desarrollo legislativo histórico de las reservas para vivienda protegida, una técnica bien conocida internacionalmente (*inclusionary housing*) que solo con retraso llegó a España. Sobre la historia de las reservas y su aplicación al suelo urbano consolidado en Barcelona a partir de 2018, me permito la remisión a PONCE, 2023, 305-332.

Las reservas para vivienda protegida no suponen una de cesión en suelo urbano consolidado, que, como es sabido, no permite el TC (por todas, STC 365/2006), no constituye una carga, un deber urbanístico que suponga una obligación consistente en una prestación de hacer impuesta al propietario. Se trata de una calificación urbanística, que establece el uso urbanístico, delimitando así el derecho de propiedad en virtud de su función social. Es un destino parcial, mediante la calificación urbanística del ya preexistente uso de vivienda, a VPO, como señala Parejo<sup>(28)</sup>.

Al tratarse de una delimitación del derecho de propiedad, la reserva de VPO en suelo urbano consolidable no comporta ninguna indemnización al propietario, no siendo de aplicación ninguno de los supuestos del artículo 48 de la LS estatal de 2015, como señala AGUIRRE<sup>(29)</sup>. No hay vinculación singular que pueda incidir sobre el principio de equidistribución si es aplicable en todo el suelo urbano consolidado, como ha hecho Barcelona<sup>(30)</sup>. Pero es que, además, una parte de la doctrina ha señalado que el principio de equidistribución de cargas y beneficios no es aplicable en suelo urbano consolidado, puesto que su aplicación se ceñiría a las «actuaciones de nueva urbanización», artículo 13. 2.c ley de suelo, por lo que entonces, como señala LÓPEZ RAMÓN, «no hay derecho de equidistribución en la ciudad consolidada»<sup>(31)</sup>.

En este contexto descrito, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 6 de julio de 2021 conoció de la interposición de un recurso contra la modificación del PGM de Barcelona en 2018 que estableció estas reservas en suelo urbano consolidado, como dijimos.

En la demanda se alegaban diversos motivos de ilegalidad, basados en la falta de cobertura legal y justificación de las reservas; el carácter deficiente o insuficiente de la evaluación económica y financiera y del informe de sostenibilidad; la inexistencia de un programa de participación ciudadana merecedor de este nombre; y, por último, el establecimiento de una moratoria contraria a las previsiones del artículo 17.3 de la ley de vivienda de Cataluña.

---

(28) Documento del profesor Luciano Parejo Alfonso, Catedrático de Derecho Administrativo, acompañando su exposición oral el día 23 de enero de 2023 en el Ciclo urbanismo, derecho y jurisprudencia, organizado por el *col·legi d'arquitectes* de Catalunya y la *Càtedra Barcelona d'estudis d'habitatge*.

(29) AGUIRRE, 2019, 115 ss.

(30) Por lo que no sería de aplicación la previsión de la STC 16/2021 de que «Lo que impone la ley estatal es, cuando hayan de realizarse tales actividades, la equitativa distribución de los beneficios y cargas [art. 17.2, en relación con los artículos 2.1, 14.1 c) y 24] o, *si ello no fuera posible*, la indemnización de los perjuicios singulares ocasionados (art. 48 TRLSRU), y en todo caso el respeto a los derechos urbanísticos patrimonializados conforme a la ley (art. 11.2) bajo garantía de indemnización (art. 33.3 CE)» (cursiva del autor). Ni mucho menos tiene sentido la DF 4 del proyecto estatal de ley por el derecho a la vivienda que tuvo entrada en el Congreso en febrero de 2022, que establecía como automática la compensación.

(31) LÓPEZ RAMÓN, 2020, 114.

En lo que se refiere al argumento de mayor enjundia jurídica, esto es, las alegaciones de los recurrentes de falta de cobertura legal, la sentencia se remite a la STC 16/2021, desechando el argumento. Por lo que se refiere a su aplicación lineal en toda la ciudad de Barcelona, la sentencia se remite a la contestación del Ayuntamiento de Barcelona, el cual, en argumentación aceptada, señala que sí existe tal justificación y que tal distribución por todos los barrios de la ciudad se explica de acuerdo con los datos aportados, que muestran que Barcelona tiene una distribución heterogénea de la población en riesgo de vulnerabilidad y en cambio una concentración de vivienda asequible en solo tres distritos. Lo que se quiere conseguir, precisamente, en aras del principio de cohesión social, añadimos nosotros, y para evitar la gentrificación y la segregación residencial (asociada a otras, como la educativa)<sup>(32)</sup>, es distribuir la VPO en toda la ciudad.

#### 4 CONCLUSIONES: FUNCIÓN SOCIAL Y GASTO PÚBLICO

En el presente trabajo hemos expuesto como la LDV culmina una larga evolución en la delimitación de la función social de la propiedad de viviendas, avalada por el Derecho y la jurisprudencia europeos. En esta ley estatal se establece el deber de los propietarios de viviendas de usarlas efectivamente conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y urbanismo, garantizando en todo caso la función social de la propiedad.

Este deber forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad sobre viviendas y supone una delimitación del mismo en razón de su función social para contribuir a la efectividad del derecho a la vivienda, configurado ahora como un auténtico derecho subjetivo por la STC 79/2024, de 21 de mayo, que ha salvado todos los preceptos de la LDV referidos a la función social de la propiedad.

En la LDV son manifestaciones de la función social de la propiedad la regulación de las viviendas vacías y la posibilidad de que los Ayuntamientos aumenten el IBI bajo determinadas circunstancias legalmente previstas; la declaración de ZMRT; o las reservas para viviendas sometidas a algún régimen de protección pública, posibles también en suelo urbano consolidado, aspectos que han sido objeto de una sucinta exposición en este capítulo.

Finalmente, cabe señalar que son las Administraciones Públicas las responsables, en último término, de hacer realidad el derecho subjetivo a

---

(32) PONCE, 2007.

la vivienda del artículo 47 CE y equivalentes en los Estatutos de Autonomía. A ellas se dirige el mandato constitucional y es de esperar, y exigir, de éstas un comportamiento con la debida diligencia, propia del derecho de los ciudadanos a una buena administración en el ámbito de la vivienda, para lograrlo. Desde luego, la propiedad privada del siglo XXI no puede ser, como se ha expuesto, la del siglo XIX, y puede delimitarse legalmente para la protección del derecho a la vivienda. Pero no puede, ni debe, cargar a la propiedad privada con las obligaciones positivas que, en definitiva, corresponden al sector público, como la creación de un parque público de viviendas suficiente y adecuado.

En este sentido, va a ser muy difícil cumplir con el debido cuidado las mismas ante la patente insuficiencia histórica de los recursos públicos destinados a vivienda, que continúa y en ocasiones se agrava<sup>(33)</sup>. Esta insuficiencia podría mejorar mediante el uso de la técnica de las preasignaciones presupuestarias<sup>(34)</sup>, utilizadas por otros países y por el propio Estado español, por ejemplo, en el caso de otro gran reto social, el cambio climático<sup>(35)</sup>. Su uso en

---

(33) El gasto público en el Estado, 7 veces inferior al de la UE, cayó el 38 % entre 2007 y 2018, el 50 % en Cataluña entre 2008 y 2020, si bien en el caso de Euskadi el gasto se situaría en torno al 0,50 % del PIB, acercándose al 0,60 % de la UE, frente al 0,08 % de Cataluña. Veas los datos ofrecidos por el Consejo de Trabajo, Económico y Social de Cataluña en [www.ctesc.gencat.cat/noticies/23261846.html](http://www.ctesc.gencat.cat/noticies/23261846.html) y [www.sites.google.com/view/economistes-pel-benestar/inici/contingut/habitatge](http://www.sites.google.com/view/economistes-pel-benestar/inici/contingut/habitatge).

(34) PONCE, 2022.

(35) La ley 7/2021, de 20 de mayo, de *cambio climático y transición energética* establece las siguientes:

TÍTULO VII. Recursos en el ámbito nacional para la lucha contra el cambio climático y la transición energética.

«Artículo 30. Recursos públicos destinados a la lucha contra el cambio climático.

1. *Al menos un porcentaje equivalente al acordado en el Marco Financiero Plurianual de la Unión Europea de los Presupuestos Generales del Estado deberá contribuir a los objetivos establecidos en materia de cambio climático y a la transición energética*, de acuerdo con la metodología y los plazos que se establezcan reglamentariamente. De esta obligación se exceptuarán los recursos transferidos a las Administraciones territoriales, así como los gastos que, por su propia naturaleza, no tienen incidencia directa en el cambio climático, como los gastos de personal, los de finalidad social, como las pensiones o las prestaciones por desempleo, los de finalidad estrictamente financiera de la Administración General del Estado y el conjunto de organismos y entidades del sector público estatal, como el servicio de la Deuda Pública o cualquier otro que se determinare. Las dotaciones que se destinarán al cumplimiento de los objetivos previstos en esta ley se fijarán anualmente en el marco de elaboración de los correspondientes Presupuestos Generales del Estado, de conformidad con la normativa de aplicación y la política del Gobierno.

2. El Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico y del Ministerio de Hacienda, revisará al alza, antes del año 2025, el porcentaje fijado en el primer apartado de este artículo, a la luz de los resultados de la planificación asociados al mismo.

3. En las propuestas que presente el Ministerio de Hacienda en el Consejo de Política Fiscal y Financiera se considerará, cuando proceda, la inclusión de criterios que contribuyan a los objetivos establecidos en materia de cambio climático y transición energética.



relación a la vivienda ha sido recomendado, por ejemplo, en el *Plan de los Derechos Humanos de Cataluña*, aprobado en 2019 (páginas 39 y ss.)<sup>(36)</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE FONT, J. M., «La reserva d'habitatge de protecció pública en sòl urbà consolidat: el cas de Barcelona». *Revista Jurídica de Catalunya*, 2019.
- HERRERA, C. M., «Léon Duguit en Buenos Aires: sociabilidad y política en la recepción de una teoría jurídica», *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 8, enero-diciembre, 2014 pp. 147-177.
- KENNEDY, D., «Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850-1968», N° 36. *Suffolk U. L. REV.* 631, 649-74, 2003.
- LÓPEZ RAMÓN, F., *Las vinculaciones singulares urbanísticas*. Atelier, 2020.
- MENÉNDEZ REIXACH, A., «Derecho a la vivienda y función social de la propiedad: el deber de uso efectivo» en Juan Antonio Chinchilla Peinado y Lucía López de Castro García-Morato (Coordinadores), *Estudios sobre el derecho a la vivienda*, RDU, 2024, pp. 149 y ss.

---

4. Los ingresos procedentes de las subastas de derechos de emisión de gases de efecto invernadero serán empleados para el cumplimiento de los objetivos en materia de cambio climático y transición energética. Las leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada año recogerán los créditos correspondientes en el presupuesto del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, destinándose al sistema eléctrico al menos 450 millones de euros para financiar los costes del sistema eléctrico previstos en la Ley del Sector Eléctrico, referidos a fomento de energías renovables, y pudiendo destinarse hasta el 30 % de los ingresos totales a medidas con incidencia social para paliar situaciones provocadas por la transición hacia una economía descarbonizada, o relacionadas con la vulnerabilidad a los impactos del cambio climático. Cada año, previo informe del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, conforme a la normativa comunitaria en vigor se podrá destinar hasta un 25 % de los ingresos procedentes de las subastas de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero para la compensación de los efectos de los costes indirectos por las emisiones de CO<sub>2</sub>, ligadas al consumo de electricidad, para las instalaciones en riesgo de fuga de carbono» (cursiva del autor).

Disposición final segunda. Modificación de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética.

«La disposición adicional segunda de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, queda redactada como sigue:

«1. En las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada año se destinará a financiar los costes del sistema eléctrico previstos en la Ley del Sector Eléctrico, referidos a fomento de energías renovables, un importe equivalente a la suma de la estimación de la recaudación anual derivada de los tributos incluidos en la Ley de medidas fiscales para la sostenibilidad energética. 2. Las aportaciones señaladas en el apartado anterior se realizarán mediante libramientos mensuales por un importe máximo de la cifra de recaudación efectiva por dichos tributos y cánones, en el mes inmediato anterior, según certificación de los órganos competentes del Ministerio de Hacienda. La aportación que haya de realizarse en función de la recaudación del mes de diciembre se efectuará con cargo al presupuesto del ejercicio siguiente» (cursiva del autor).

(36) Pla drets humans de Catalunya\_EDHC\_cat.pdf (sindic.cat).



- PAREJO ALFONSO, L., Documento acompañando su exposición oral el día 23 de enero de 2023 en el Ciclo urbanismo, derecho y jurisprudencia, organizado por el col·legi d'arquitectes de Catalunya y la Càtedra Barcelona d'estudis d'habitatge (véase: debate en torno a las reservas para vivienda protegida en suelo urbano consolidado). El documento es consultable en abierto en la página web de la Càtedra: Home – Càtedra Barcelona Estudis Habitatge (cbeh.cat).
- PONCE SOLÉ, J., La Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2025, de 29 de enero de 2025, sobre la ley estatal por el derecho a la vivienda: los límites legales a los precios de alquiler son constitucionalmente posibles como defensa del derecho a la vivienda del art. 47 de la Constitución», *Revista de Derecho urbanístico y Medio Ambiente*, num. 376, marzo de 2025, pp. 19 y ss.
- «Habitatge i competències en el marc europeu, constitucional, estatutari i legal: especialment, el cas català», en Gifreu, J. (Coord.), *Possibilitats i límits de les competències autonòmiques en matèria d'habitatge*, Generalitat de Catalunya, 2023, pp. 19 y ss: Possibilitats i límits de les competències autonòmiques en matèria d'habitatge (gencat.cat).
  - *El proyecto de ley por el derecho a la vivienda, el gasto público y las preasignaciones presupuestarias: una propuesta*, 2022, Fundación Hay Derecho: PONCE\_ley estatal de vivienda y preasignaciones presupuestarias\_ 22 (hayderecho.com).
  - (Coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sector público y privado*, Marcial Pons, 2022.
  - «¿Ha devuelto el Tribunal Constitucional a las Comunidades Autónomas su competencia sobre vivienda? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de febrero de 2018» en el blog Transjus: <https://transjusblog.wordpress.com/2018/02/28/ha-devuelto-el-tribunal-constitucional-a-las-comunidades-autonomas-su-competencia-sobre-vivienda-comentario-a-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-de-22-de-febrero-de-2018/>.
  - «¿Ha expropiado el Tribunal Constitucional las competencias autonómicas en materia de vivienda? A propósito de la STC de 14 de mayo de 2015, declarando la inconstitucionalidad de la regulación andaluza sobre expropiación de viviendas vacías en manos de bancos», publicado en el blog del instituto Transjus de la Universitat de Barcelona: <https://transjusblog.wordpress.com/2015/06/04/ha-expropiado-el-tribunal-constitucional-las-competencias-autonomicas-en-materia-de-vivienda-a-proposito-de-la-stc-de-14-de-mayo-de-2015-declarando-la-inconstitucionalidad-de-la-regulacion-an-2/>.
  - *Segregación escolar e inmigración. Contra los guetos escolares: derecho y políticas públicas urbanas*, CEPC, Madrid, 2007.
  - «Suelo urbano consolidado y reservas para vivienda asequible en Barcelona, *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 122, núm. 2, 2023, págs. 305-332.
  - Possibilitats i límits de les competències autonòmiques en matèria d'habitatge (gencat.cat).
- PONCE, J., y MOLTÓ, J. M., *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad*, Aranzadi, 2017.

SÁNCHEZ FERRIZ, R., «Los derechos de los valencianos y valencianas en el estatuto de autonomía «*Drets. Revista valenciana de reformes democràtiques* [núm. 6/2022], pp. 23 y ss.

SIMÓN MORENO, H., «La evolución constitucional de la función social de la propiedad y el nuevo régimen del derecho de propiedad sobre una vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda». *Derecho Privado y Constitución*, 42, 139-177.



## H. Orden de distribución de competencias en materia de vivienda

Luis Pomed Sánchez

**Resumen:** *Este trabajo afronta el estudio de la distribución constitucional de competencias en España en materia de vivienda, un tema complejo dada la estructura descentralizada del Estado tras la Constitución de 1978. Se analiza de forma especial la jurisprudencia constitucional en la materia, determinante de las competencias que corresponden al Estado una vez se constata la asunción genérica en todas las comunidades autónomas de la competencia en materia de vivienda.*

**Abstract:** *This paper addresses the study of the constitutional distribution of powers in Spain concerning housing, a complex issue given the decentralized structure of the State following the 1978 Constitution. Particular attention is paid to constitutional jurisprudence on the matter, which has been instrumental in delineating the powers allocated to the State, especially after recognizing the general assumption of housing-related competencies by all autonomous communities.*

**Palabras clave:** *Vivienda, distribución de competencias, descentralización, Estado, comunidades autónomas.*

**Keywords:** *Housing, distribution of powers, decentralization, State, Autonomous Communities.*



**Sumario:** I. El tratamiento de la vivienda en nuestra Constitución territorial. 1. Una aproximación histórica al problema endémico de la vivienda y su tratamiento normativo. 2. La vivienda en el texto constitucional. Sucinta descripción. 3. La vivienda en los estatutos de autonomía. Sucinta exposición. II. La doctrina constitucional sobre distribución de competencias en materia de vivienda. 1. «Ordenación de la economía», título genérico de intervención estatal en la vivienda. 2. Competencias autonómicas sobre vivienda.

## I. EL TRATAMIENTO DE LA VIVIENDA EN NUESTRA CONSTITUCIÓN TERRITORIAL

El texto actualmente vigente es el primero de nuestra ya dilatada historia constitucional en el que se hace mención expresa de la vivienda, tanto en su consideración de bien de primera necesidad de los ciudadanos, cuanto en su caracterización como objeto de políticas públicas. Contemplada desde la primera vertiente, el derecho a la vivienda se nos presenta como un principio rector de las políticas sociales y económicas, un mandato de optimización a realizar en la mayor medida posible; desde la segunda, como una competencia que puede ser asumida por las comunidades autónomas.

### 1. Una aproximación histórica al problema endémico de la vivienda y su tratamiento normativo

La particular atención dispensada por la Constitución a la vivienda es coherente con la caracterización del nuestro como un Estado social de Derecho. No en vano, el acceso a la vivienda ha sido uno de los problemas endémicos de la España contemporánea. Los sucesivos intentos de darle una solución normativa se han traducido en distintos paradigmas con trascendencia más allá de la estricta procura de habitación.

Así, la normativa anterior al estallido de la Guerra Civil refleja la primacía de la vivienda de alquiler en la sociedad de la época. Se trataba de un fenómeno transversal, lo que no implicaba la confusión de clases<sup>(1)</sup>: Si en

---

(1) A este respecto, indica SAMBRICIO, C., «Punto de inflexión: 1946-1956: viviendas sociales para la clase media», en *Ciudad y Territorio. Estudios territoriales*, XLI (161-162), 2009, p. 526, que «Si estudiamos qué fue la vivienda económica en el XX repasando la legislación (ley de Casas Baratas de 1911 y 1924; casas ultrabaratadas vs. ley Salmón; viviendas protegidas vs. viviendas bonificables...) entenderemos cómo vivienda social y vivienda para la clase media aparecen, hasta 1960, como ideas enfrentadas».

el caso de las viviendas para trabajadores su promoción se ubicaba lejos del núcleo urbano (*vid.* artículo 2 de la Ley de 12 de junio de 1911, de casas baratas), cuando de las viviendas de alquiler para las clases medias se trataba, se apostó decididamente por situarlas en el casco histórico o, a lo sumo, en el ensanche de las ciudades. Fue el caso de la Ley de 25 de junio de 1935, de la previsión contra el paro –llamada *Ley Salmón* en honor a quien fuera su impulsor, el ministro de Trabajo Federico Salmón Almorín–, que afrontó la lucha contra el paro impulsando la construcción de obras públicas y de viviendas de alquiler para la burguesía.

Apenas acabada la contienda, por Ley de 19 de abril de 1939 se estableció «un régimen de protección a la vivienda de renta reducida» y se creó el Instituto Nacional de la Vivienda. Y es que, según se afirmaba en el pórtico del preámbulo de esta norma, «Facilitar vivienda higiénica y alegre a las clases humildes es una exigencia de justicia social que el Estado Nacional Sindicalista ha de satisfacer». Causa verdadera estupefacción la alusión a la alegría de la vivienda en unos momentos en los que no era precisamente alborozo lo que sentía la sociedad española; particularmente, en la capital, habida cuenta de que más de la mitad de los 800 000 habitantes con que entonces contaba Madrid vivían en cuevas, chozas o chabolas<sup>(2)</sup>. Con todo, lo cierto es que tan pomposa proclamación no tuvo realización efectiva en los primeros años de la posguerra en los cuales el elevado coste del suelo y la carencia de materiales hicieron que apenas se construyeran –ni aun si quiera se reconstruyeran las destruidas– viviendas.

El cambio de paradigma vino de la mano de la Ley de arrendamientos urbanos de 1946. A partir de este momento, no se desvaneció únicamente el interés que el sector privado pudiera tener en la construcción de vivienda económica en alquiler, sino el interés en la promoción de cualquier vivienda en alquiler, que dejaba de ser una inversión rentable. Los constructores optaron por la vivienda para la venta, al tiempo que los ciudadanos dejaron de ser inquilinos para aspirar a ser propietarios de una residencia que consideraban no solo su hogar sino también la hucha de sus ahorros.

La solución al acuciante problema de la vivienda quiso buscarse, en un primer momento, en la acción directiva del sector público y en el plan nacional de vivienda para el decenio 1944-1954, cuyos análisis, previsiones y conclusiones han podido ser acertadamente calificados de «simplistas»<sup>(3)</sup>. Sin embargo, no habría de pasar mucho tiempo para el retorno a las propuestas tradicionalmente defendidas por el conserva-

(2) *Vid.* SAMBRICIO, C., «La vivienda en Madrid, de 1939 al Plan de Vivienda Social, en 1939», en AA. VV., *La vivienda en Madrid en la década de los cincuenta: el Plan de Urgencia Social*, Electa, Madrid, 1999, p. 13.

(3) VILLAR EZCURRA, J. L., *La protección pública a la vivienda*, Montecorvo, Madrid, 1981, pp. 185 ss.

durismo (significativamente, por el publicista aragonés José Gascón y Marín): bonificaciones fiscales para los promotores y provisión de suelo a bajo precio al sector privado.

Pese a que la Ley del suelo de 1956 respondía a estos planteamientos ideológicos<sup>(4)</sup> y debiera haber servido por sí sola para dinamizar el mercado inmobiliario, lo cierto es que esta dinamización y la superación de las carencias que en materia de vivienda seguía padeciendo la sociedad española trató de lograrse mediante una legislación especial, y parcialmente derogatoria de la Ley sobre el régimen del suelo. Por Ley de 13 de noviembre de 1957 se aprobó el plan de urgencia social de Madrid, cuyas previsiones se extendieron posteriormente a Barcelona (decreto de 21 de mayo de 1958), Asturias (decreto de 10 de octubre de 1958) y Vizcaya (decreto 876/1959, de 27 de marzo)<sup>(5)</sup>.

Los planes de urgencia social no resolvieron los problemas de infravivienda que aquejaban a las ciudades españolas; en cambio, arrumbaron cualquier atisbo de capacidad directiva del urbanismo a la que pudiera aspirar la Ley del suelo de 1956. En lo sucesivo, las políticas con impacto territorial y las operaciones de infraestructura se articularon al margen de la planificación urbanística<sup>(6)</sup>. En paralelo, se produjo la degradación de los casos históricos y lo que Fernando Chueca Goitia, con especial tino, denominara la destrucción del legado urbanístico español<sup>(7)</sup>.

Esta era la situación que tenía ante sí el constituyente español en 1978 y frente a la que reaccionó mediante la superación de cualquier

---

(4) La aprobación de la Ley del suelo precedió a la creación del Ministerio de la Vivienda, llevada a cabo por Decreto-ley de 25 de febrero de 1957. Desde el punto de vista orgánico, integró los diferentes centros directivos con competencias en materia de vivienda, antes integrados en los ministerios de Gobernación y Trabajo (en particular, Instituto Nacional de la Vivienda y Obra Sindical del Hogar).

(5) Convendrá no perder de vista que las políticas de vivienda del primer franquismo no solo perseguían una finalidad social, sino también de control de la población. Así, como medida cautelar y en tanto se aprobaba el plan de urgencia social de Madrid, el Decreto de 23 de agosto de 1957 por el que se dictan normas a fin de evitar los asentamientos clandestinos en Madrid, disponía que «toda persona o familia que pretenda trasladar su residencia a la capital de la Nación dará cuenta al Gobernador Civil de la provincia, por conducto del Alcalde de su residencia, de que dispone para su alojamiento en Madrid de la vivienda adecuada» (art. 1). Este régimen de prohibición se extendió, también con carácter cautelar, a «la zona industrial de Vizcaya» en el Decreto de 5 de septiembre de 1958 por el que se concede a Bilbao la construcción de cuatro mil viviendas subvencionadas y se establecen normas de control sobre la inmigración y el chabolismo. Las medidas de control de inmigración interior figuraban en los artículos 30 de la Ley del plan de urgencia social de Madrid y 9 del decreto de 27 de marzo de 1959 para Vizcaya.

(6) Al respecto, resulta imprescindible la lectura de PAREJO ALFONSO, L., *La ordenación urbanística. El período 1956-1975*, Montecorvo, Madrid, 1979, donde se pone de manifiesto la «huida» de la Ley del suelo de 1956 en los procesos de transformación del suelo y en las diversas políticas con impacto territorial.

(7) CHUECA GOITIA, F., *La destrucción del legado urbanístico español*, Espasa-Calpe, Madrid, 1977, auténtico atlas de la degradación padecida por los núcleos urbanos españoles durante los años sesenta y setenta del pasado siglo.

planteamiento estrictamente cuantitativo. En línea con las aspiraciones de una sociedad que –en palabras del preámbulo de la Constitución– aspiraba a lograr una digna calidad de vida<sup>(8)</sup>, apostó decididamente por proclamar el derecho a una vivienda *digna y adecuada* (art. 47 CE), siendo este un principio rector de todas las políticas sociales y económicas; en particular de aquellas que puedan diseñar las instancias territoriales competentes por razón de la materia.

## 2. La vivienda en el texto constitucional. Sucinta descripción

En el anteproyecto de Constitución, el entonces artículo 40 proclamaba que «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones para hacer efectivo este derecho y regularán la utilización del suelo de acuerdo con el interés general» (*Boletín Oficial de las Cortes* [BOCC], núm. 44, de 5 de enero de 1978). Toda vez que en este primer texto el sistema de distribución territorial del poder respondía al modelo de lista única de materias reservadas a la exclusiva competencia del Estado (art. 138), y habida cuenta de que la vivienda no figuraba entre esas materias competenciales, se infería su disponibilidad por los entonces denominados territorios autónomos.

El informe de la ponencia constituida en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, al aceptar diversas enmiendas de diversa procedencia (sendas enmiendas de los señores Licinio de la Fuente, de Alianza Popular y Ramón Tamames, del Grupo Parlamentario Comunista, y una enmienda de la Minoría Catalana), reforzó lo que el primero de los enmendadores denominara «la significación social de la política de vivienda». Concretamente, incorporó un último inciso en el entonces artículo 43, en el que se preveía la «participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos». [BOCC núm. 82, de 17 de abril de 1978].

La lucha contra la especulación como contenido de la regulación de la utilización del suelo apareció en el informe de la Comisión. Con todo, lo más relevante de este informe fue la definitiva adopción del sistema de doble lista y la inclusión de la vivienda como material competencial que podían asumir las comunidades autónomas –denominación que definitivamente se impuso– desde el primer momento. Así, el entonces

(8) Sobre esta noción, *vid.* MARTÍN MATEO, R., «La calidad de vida como valor jurídico», en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, vol. 2, pp. 1437 ss.

artículo 141.1 c) mencionaba las competencias sobre «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda» entre las materias de potencial titularidad autonómica [BOCC núm. 121, de 1 de julio de 1978]. Ninguno de estos preceptos se vería alterado en el debate plenario de la Cámara baja [BOCC núm. 135, de 24 de julio de 1978].

El dictamen de la Comisión Constitucional del Senado, en el que ya se numeró como artículo 47, acentuó la vertiente prestacional al afirmar que «todos los españoles» tendrían «derecho a que se les facilite su acceso a una vivienda digna y adecuada» [BOCC núm. 157, de 6 de octubre de 1978], en lugar de hablar de su derecho a «disfrutar de una vivienda y adecuada». Finalmente, sería este el derecho consagrado en el texto definitivo tras su aprobación por el Pleno del Senado [BOCC núm. 170, de 28 de octubre de 1978].

Del precepto constitucional resultante de los trabajos parlamentarios y actualmente vigente importa destacar algunos extremos:

En primer lugar, la ya mencionada superación de la perspectiva estrictamente prestacional. Sabedores los constituyentes de que una cosa es construir viviendas y otra bien diferente *hacer ciudad*, apostaron por la conversión del urbanismo en una función pública de ordenación integral de la ciudad, superando su limitada consideración como un recurso para la provisión de vivienda. El artículo 47 de nuestra Constitución permite una visión integradora de la ciudad; su lectura conjunta con los preceptos precedentes, relativos a la salud, cultura, medio ambiente y patrimonio histórico, apuntan a la interconexión de diversas políticas públicas en una amplia función territorial superadora del urbanismo especulativo y explotador de nuestro patrimonio cultural.

En segundo lugar, si bien se habla de un derecho, es preciso huir de cualquier reduccionista identificación del contenido del mismo con los derechos subjetivos; aquí prima el contenido objetivo, que nos sitúa en la órbita más de los principios que de las reglas. El derecho a la vivienda digna y adecuada (no se olviden los adjetivos) es un mandato de optimización que se realiza en la medida de lo posible. Debe informar todas las políticas públicas con impacto territorial y no solo aquellas resultantes del ejercicio de la competencia sobre urbanismo y ordenación del territorio. Estamos, por consiguiente, ante auténticas obligaciones positivas de los poderes públicos que van más allá de lo prestacional.

Finalmente, acaso nunca se subraye suficientemente la importancia que reviste la identificación de una política pública –por mejor decir, un contenido necesario las políticas públicas con impacto territorial– preferencial para la realización de ese mandato de optimización: la lucha contra la especulación. Las referencias a la ordenación del uso del suelo «para impedir la especulación» y la afirmación de que «la comunidad» ha de

participar «en las plusvalías que genera la acción urbanística de los entes públicos» ponen de relieve hasta qué punto nuestra Constitución contiene un mandato, que se realiza en la medida de lo posible y en ponderación con otros bienes y valores de relevancia constitucional, en pos de un urbanismo sostenible que permita disfrutar de una digna calidad de vida.

### **3. La vivienda en los estatutos de autonomía. Sucinta exposición**

Nota común a los diferentes estatutos de autonomía originarios fue la asunción de competencia exclusiva en materia de «ordenación del territorio [y del litoral en las comunidades autónomas en las que fuera geográficamente procedente], urbanismo y vivienda». Estos son los términos que continúan vigentes, entre otros, en los artículos 10.31 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre), 27.3 del Estatuto de Galicia (Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril), 10.1.3 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias (Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre), o 26.1.1.4 del Estatuto de Autonomía de Madrid (Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero). Una precisa sistematización de las consecuencias de la caracterización de la competencia autonómica como exclusiva la hallamos en el artículo 40 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y amejoramiento del Régimen Foral de Navarra. De acuerdo con lo que se indica en este precepto, la exclusividad supone la asunción de las potestades normativas (legislativa y reglamentaria) y de gestión (incluyendo las funciones de inspección y la potestad revisora), como también implica la aplicación preferente del Derecho autonómico en la materia.

A medio camino entre los estatutos originarios y los estatutos de nueva generación elaborados a partir de 2006, se sitúa el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana de 1 de julio de 1982, objeto de extensa modificación por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril. En este Estatuto el tratamiento de la vivienda se diversifica en una triple vertiente: un mandato dirigido a la Generalitat Valenciana, quien debe garantizar «el derecho a una vivienda digna de los ciudadanos valencianos» (art. 16); una competencia exclusiva en los términos ya reseñados en el párrafo anterior (art. 49.1.9) y una competencia exclusiva, bien que «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución y, en su caso, de las bases y ordenación de la actividad económica general del Estado» en materia de «control de la calidad en la edificación y vivienda» (art. 49.3.12).

El primero de los estatutos de nueva generación, el de la Comunidad Autónoma de Cataluña, fue aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de

julio. En este estatuto se distinguen «derechos y deberes en el ámbito civil y social» y «principios rectores», pese a que no siempre resulte fácil deslindar hasta dónde alcanza el carácter principal de unos y otros. Sea como fuere, el artículo 26 se consagra a los «derechos en el ámbito de la vivienda», cuyos titulares son «las personas que no dispon[gan] de los recursos suficientes», a quienes se reconoce el «derecho a acceder a una vivienda digna», a cuyo efecto «los poderes públicos deben establecer por ley un sistema de medidas que garantice este derecho, con las condiciones que la ley determine»; de modo que el proclamado derecho se traduce finalmente en la imposición de una política de promoción pública de vivienda. En coherencia con esa concreción y con las técnicas tradicionales de promoción de vivienda en el Derecho español, el artículo 47, dedicado a la «vivienda» en tanto que principio rector, emplaza a «los poderes públicos» –se entiende que autonómicos– a «facilitar el acceso a la vivienda mediante la generación de suelo y la promoción de vivienda pública y de vivienda protegida, con especial atención a los jóvenes y los colectivos más necesitados». Como puede apreciarse, este precepto estatutario poco añade –más allá de lo que parece ser una genérica consideración de «los jóvenes», quienes quiera que estos sean, como una especie del género «personas que no disponen de los recursos suficientes»– a lo ya proclamado en el artículo 26.

Por lo que se refiere a la competencia autonómica en materia de vivienda, asumida con carácter de exclusiva en el artículo 137, cabe afirmar que lo más destacado de este precepto –que no fue objeto de impugnación en ninguno de los diversos recursos de inconstitucionalidad que en su momento se interpusieron frente al nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña– es su enumeración de las potestades que «en todo caso», comprende esta materia competencial. De modo que podemos convenir en que identifica pacíficamente el alcance de la competencia exclusiva sobre vivienda, a saber:

«a) La planificación, la ordenación, la gestión, la inspección y el control de la vivienda de acuerdo con las necesidades sociales y de equilibrio territorial.

b) El establecimiento de prioridades y objetivos de la actividad de fomento de las Administraciones públicas de Cataluña en materia de vivienda y la adopción de las medidas necesarias para su alcance, tanto en relación al sector público como al privado.

c) La promoción pública de viviendas.

d) La regulación administrativa del comercio referido a viviendas y el establecimiento de medidas de protección y disciplinarias en este ámbito.

e) Las normas técnicas, la inspección y el control sobre la calidad de la construcción.





- f) Las normas sobre la habitabilidad de las viviendas.
- g) La innovación tecnológica y la sostenibilidad aplicable a las viviendas.
- h) La normativa sobre conservación y mantenimiento de las viviendas y su aplicación».

Añádase que, de acuerdo con el artículo 149.1.5 del Estatuto –precepto cuya constitucionalidad tampoco fue controvertida en su día–, se encuadran también dentro de las competencias exclusivas de la Generalitat en materia de urbanismo «La política de suelo y vivienda, la regulación de los patrimonios públicos de suelo y vivienda y el régimen de la intervención administrativa en la edificación, la urbanización y el uso del suelo y el subsuelo». Finalmente, el ya citado artículo 137.2 asigna a la Generalitat «competencia sobre las condiciones de los edificios para la instalación de infraestructuras comunes de telecomunicaciones, radiodifusión, telefonía básica y otros servicios por cable», si bien en este caso se añade el inciso «respetando la legislación del Estado en materia de telecomunicaciones». Como bien sabemos, el respeto a la legislación estatal en materia de su exclusiva competencia no precisa de una cláusula estatutaria de salvaguarda; lo que no es óbice para subrayar la tomar de conciencia de la menor intensidad de la nota de exclusividad de la competencia en estos ámbitos<sup>(9)</sup>.

El Estatuto de Autonomía de las Illes Balears reformado por la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero combina la proclamación de un derecho de acceso a una vivienda digna (art. 22), que concreta –en términos sustancialmente coincidentes con los ya expuestos al referirnos al nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña– uno de los principios rectores de la actividad pública autonómica (art. 12.3), y la asunción por la comunidad autónoma de la competencia exclusiva en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución» (art. 30.3). De modo similar, el Estatuto de Castilla y León, reformado por la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, distingue un principio rector de acceso a la vivienda para jóvenes (art. 16.12) y otros «grupos sociales en desventaja» (art. 16.14) y la competencia exclusiva autonómica en la materia (art. 70.1.6). Otro tanto hace el Estatuto de Autonomía de Extremadura, reformado por la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero (arts. 7.16 *in fine*, respecto del acceso

---

(9) PONCE SOLÉ, J., cerraba su estudio «La competencia en materia de vivienda a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y de la Ley catalana 18/2007, de 28 de noviembre, del derecho a la vivienda», *Revista d'Estudis Autònoms i Federals-Journal of Self-Government*, núm. 7 (2008), pp. 145 ss., con una llamada a la construcción de redes, también de cooperación, que faciliten la realización del objetivo marcado en el artículo 47 CE desde el principio de unidad material de la administración pública.

de los jóvenes a la vivienda, y 9.1.31, donde se asume la competencia exclusiva sobre «urbanismo y vivienda. Normas de calidad e innovación tecnológica en la edificación y de conservación del patrimonio urbano tradicional»).

El Estatuto de Autonomía de Andalucía reformado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, también distingue el derecho-principio rector de la política social a la vivienda (arts. 25 y 37.1.22), de la competencia exclusiva autonómica en la materia. En cuanto a esta última, el artículo 56.1 y 2 enuncia su contenido en términos próximos a los del artículo 137.1 y 2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; por el contrario, se adscriben a la materia «urbanismo» las políticas «de suelo y vivienda, la regulación de los patrimonios públicos de suelo y vivienda y el régimen de la intervención administrativa en la edificación» (art. 56.3).

En fin, el Estatuto de Autonomía de Aragón, reformado por la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, coincide con los anteriores en el tratamiento del derecho-principio rector [arts. 24 f) y 27] y la enumeración de potestades que comprende la competencia exclusiva autonómica en materia de vivienda «que, en todo caso, incluye la planificación, la ordenación, la gestión, el fomento, la inspección y el control de la vivienda de acuerdo con las necesidades sociales de equilibrio territorial y de sostenibilidad; las normas técnicas, la inspección y el control sobre la calidad de la construcción; las normas sobre la habitabilidad de las viviendas, la innovación tecnológica aplicable a las viviendas y la normativa sobre conservación y mantenimiento de las viviendas y su aplicación» (art. 71.10).

Más recientemente, el Estatuto de Autonomía de Canarias (Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre), habla del derecho de acceso a la vivienda de los jóvenes (art. 14), un derecho que no extiende a las personas mayores ni a las personas en situación de discapacidad o dependencia (arts. 15 y 16); al menos en principio, pues es lo cierto que a renglón seguido el artículo 22 hace –como no podía ser de otro modo– titulares del derecho a una vivienda digna a «todas las personas. Como materia competencial exclusiva, su contenido se enuncia en el artículo 143.1, a lo que añade el nuevo Estatuto la asunción de una competencia de «regulación de la función social y habitacional de la vivienda», bien que «de acuerdo con la legislación del Estado» (art. 143.2) y otra «en el marco de la legislación básica estatal» para la fijación de «las condiciones de accesibilidad de los edificios, así como las condiciones para la instalación de infraestructuras comunes y para la incorporación de innovaciones tecnológicas y de ahorro energético, en condiciones de sostenibilidad» (art. 143.3); además, el artículo 158 d) integra dentro de la competencia exclusiva au-

tonómica sobre urbanismo «la política de suelo y vivienda, los patrimonios públicos de suelo y vivienda y el régimen de la intervención administrativa en la urbanización, la edificación y el uso del suelo y el subsuelo».

Al cerrar esta apretada exposición del tratamiento estatutario de la vivienda no puede dejar de consignarse el silencio que guardaran los primitivos estatutos de Andalucía y Extremadura acerca de su consideración como un objetivo de la política social. Recuérdese que en estos textos estatutarios se contenía la identificación de los «objetivos básicos» de las políticas públicas autonómicas (arts. 12 del Estatuto de Andalucía, Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, y 6 del Estatuto de Extremadura, Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero), pues bien, entre ellos, que configuraban auténticas cláusulas de transformación de la sociedad, no figuraba referencia alguna a la vivienda. Un lector poco informado podría preguntarse en qué medida el ejercicio autonómico de las competencias exclusivas en materia de vivienda se habría traducido en la inopinada aparición de una carencia de la que inicialmente no se tenía singular constancia.

Por lo que se refiere a los entes locales, baste recordar ahora que, conforme al artículo 25.2 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, los municipios ostentan competencias propias en materia de «urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación». En el caso de Ceuta y Melilla, la atribución de competencias en materia de vivienda figura en los artículos 21.1 de las leyes orgánicas 1/1995, de 13 de marzo, y 2/1995, de 13 de marzo, respectivamente. Hallamos igualmente algunas reservas de competencias municipales en los textos estatutarios a los que se ha hecho anteriormente referencia. Es el caso del artículo 84.2 b) del Estatuto de Cataluña, que se refiere a la competencia de los gobiernos locales en materia de «planificación, la programación y la gestión de vivienda pública y la participación en la planificación en suelo municipal de la vivienda de protección oficial». En el Estatuto de Andalucía se «garantiza a los municipios un núcleo competencial propio», comprensivo, entre otras materias de la «planificación, programación y gestión de viviendas y participación en la planificación de la vivienda de protección oficial» [art. 92.2 b)]. Finalmente, el Estatuto de Canarias atribuye a los cabildos, en su calidad de instituciones de la comunidad autónoma y no como entes locales, el ejercicio de funciones ejecutivas en materia de «policía de vivienda. Conservación y administración del parque público de viviendas» [art. 70.2 j)].



## II. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE VIVIENDA

El Tribunal Constitucional ha venido realizando una labor de depuración conceptual de los términos en los que está definido el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias que es preciso tener presente en el estudio de esta materia. Bien entendido que esta labor tiene dos condicionantes que no debemos ignorar: En primer lugar, se refiere únicamente a la distribución de competencias entre dos de los tres poderes que ejercen potestades sobre la vivienda, el Estado y las comunidades autónomas, quedando al margen los municipios<sup>(10)</sup>. En segundo lugar, la función del Tribunal, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, es eminentemente reaccional, el Tribunal actúa a instancia de parte y siempre para dar respuesta al caso concreto sometido a su conocimiento<sup>(11)</sup>.

### 1. «Ordenación de la economía», título genérico de intervención estatal en la vivienda

La STC 152/1988, de 20 de julio, que resolviera cinco conflictos positivos de competencia acumulados planteados por el Gobierno Vasco en relación con un real decreto sobre financiación de actuaciones protegibles en materia de vivienda, encuadró la acción de fomento estatal en la competencia de planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE). Se abrió así una línea jurisprudencial que habilitó la intervención estatal en el subsector vivienda a través de un título competencial genérico.

Esta sentencia arranca, en lo que ahora estrictamente interesa, con la muy relevante afirmación de que la competencia –exclusiva– sobre vivienda faculta a las instituciones autonómicas «para desarrollar una política propia en dicha materia» (FJ 2). Este sería, en rigor, el alcance efectivo del adjetivo exclusiva atribuido a la competencia autonómica, habida cuenta de que esta «se halla limitada por las competencias del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y sobre las bases de la ordenación del crédito» (*ibidem*). Tras hacer hincapié en la insoslayable necesidad de respetar el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias, la

---

(10) En relación con las competencias municipales en la materia, *vid.* VAQUER CABALLERÍA, M., «La exangüe competencia autonómica en materia de vivienda», en *Informe Comunidades Autónomas, 2021*, Observatorio de Derecho Público, 2022, pp. 42 ss.

(11) Una visión crítica de la evolución de la doctrina constitucional en la materia en BELTRÁN DE FELIPE, M., «Las legislaciones de vivienda social», en *Ciudad y Territorio*, XLI (161-162), 2009, pp. 453 ss.

sentencia describía un panorama caracterizado por «la conjunción de actuaciones de las autoridades estatales y autonómicas para la consecución, entre otros posibles, del mismo fin que impone el art. 47 de la Constitución» (FJ 3). De modo que, en línea de principio, esta sentencia cerraba el paso a cualquier intento de caracterización de la vivienda como una competencia concurrente, por más que sea un sector material en el que se entrecruzan diversos títulos competenciales.

Sintetizando la jurisprudencia constitucional sobre este título, años más tarde, la STC 235/1999, de 16 de diciembre, subrayará que, en su seno, tienen cabida «las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector» (FJ 3)<sup>(12)</sup>. Por lo que específicamente se refiere al subsector económico de la vivienda, la STC 152/1988 ya había concluido que «no cabe duda de que puede ser comprendida en la competencia del Estado [...] la planificación básica de determinadas actuaciones de construcción y rehabilitación de viviendas de protección oficial, lo que justifica la regulación por el Estado de los correspondientes instrumentos de financiación en el ámbito definido como tal, ya que con ello se trata de asegurar el mantenimiento de unas inversiones fundamentales desde el punto de vista de la política económica general que, en otro caso, se revelaría difícilmente viable» (FJ 4).

Por otro lado, la afirmación de que en materia de vivienda el Estado ostenta un título competencial «genérico» de intervención tiene, como principal consecuencia práctica, la subsunción del caso en la letra b) del fundamento jurídico 8 de la STC 13/1992, de 6 de febrero, que, como bien sabemos, sistematiza los supuestos de ejercicio del poder de gasto del Estado en el contexto de la descentralización política (*spending power*)<sup>(13)</sup>: «En estos supuestos el Estado puede consignar subvenciones de fomento en sus presupuestos generales, especificando su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica, básica o de coordinación, pero siempre que deje un margen a las comunidades autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y com-

(12) Ni que decir tiene que, para el reconocimiento de esta función promocional del Estado en el subsector vivienda, la aseveración de la existencia de «un único orden económico nacional y la consiguiente existencia de un mercado nacional único» se erige en presupuesto insoslayable (STC 225/1993, de 8 de julio, FJ 3; en esta ocasión, referida a la ordenación del comercio minorista).

(13) En relación con el poder del gasto, me remito a POMED SÁNCHEZ, L., «La potestad subvencional en el Estado autonómico», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals-Journal of Self-Government*, núm. 7 (2008), pp. 37 ss.

plementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación. Además, la gestión de estos fondos corresponde a las comunidades autónomas de manera, por regla general, que no pueden consignarse en favor de un órgano de la administración del Estado u organismo intermediario de esta. Se trata de partidas que deben territorializarse en los propios Presupuestos Generales del Estado si ello es posible o en un momento inmediatamente posterior, mediante normas que fijen criterios objetivos de reparto o mediante convenios de colaboración ajustados a los principios constitucionales y al orden de distribución de competencias».

Posteriormente, la STC 59/1995, de 17 de marzo, estimó el conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña respecto de un convenio de financiación de obras de rehabilitación de viviendas de promoción pública que habían suscrito el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo y el Ayuntamiento de Barcelona. El Tribunal, siempre con mención expresa de la ya reseñada STC 152/1988, reiteró que la conexión de la vivienda con la política económica general se justifica suficientemente por «la incidencia que el impulso de la construcción tiene como factor del desarrollo económico y, en especial, como elemento generador de empleo» (FJ 4). Lo que no autorizaba al Estado a prescindir de la intervención autonómica en un sector sobre el que la instancia regional ostenta una competencia estatutariamente calificada de exclusiva puesto que «ni el art. 47 CE constituye por sí mismo un título competencial autónomo en favor del Estado, sino un mandato que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE), ni la persecución del interés general –en este caso, el relativo a la garantía de una vivienda adecuada para todos los españoles– puede materializarse ‘a pesar de’ los sistemas de reparto de competencias articulados en la Constitución, sino que ha de lograrse ‘a través de’ los mismos» (FJ 3)<sup>(14)</sup>.

Por su parte, la STC 61/1997, de 20 de marzo, declaró la inconstitucionalidad y nulidad de un precepto del texto refundido de la Ley del suelo de 1992 que permitía un aprovechamiento patrimonializable superior al aprovechamiento tipo en el caso de terrenos destinados a la construcción de viviendas de protección pública. Si bien se mira, se trataba de una

---

(14) La improcedencia de prescindir de las comunidades autónomas en la articulación de las medidas de fomento en vivienda se reitera en la STC 68/1996, de 4 de abril, FJ 13, con mención expresa del fundamento jurídico 8 de la STC 13/1992, en los términos antes reseñados. Por otra parte, en la STC 7/2010, de 27 de abril (Ley de presupuestos de la Generalitat Valenciana para 2002), el Tribunal reiteró, una vez más, con invocación expresa de la STC 152/1988, que «el principio rector previsto en el art. 47 CE, párrafo primero, constituye un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (administración general del Estado, comunidades autónomas y corporaciones locales) en el ejercicio de sus respectivas competencias, a fin de promover las condiciones necesarias para que todo español pueda disfrutar de una vivienda digna y adecuada» (FJ 7).

suerte de medida de efecto equivalente, con la que se trasladaba al sector privado la financiación de actuaciones públicas en el subsector de la vivienda. Sin embargo, el Tribunal rechazó su encuadramiento en la competencia estatal de ordenación general de la economía porque en su definición se hacía uso de prescripciones estrictamente urbanísticas, algo que le está vedado al legislador estatal [FJ 24 d)].

La aprobación del Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes, que establecía un régimen de ayudas al alquiler, dio lugar a sendos procesos constitucionales resueltos por las SSTC 129/2010, de 29 de noviembre, y 36/2012, de 15 de marzo. Así como los preceptos reglamentarios cuestionados en el primero de estos procesos fueron encuadrados en el binomio competencial ordenación de la economía-vivienda, en el segundo ese encuadramiento se remitió a la competencia en materia de asistencia social. Pues bien, la primera de estas sentencias remitió el entrecruzamiento competencial a un supuesto de los contemplados en la letra b) del fundamento jurídico 8 de la STC 13/1992 y, consecuentemente, anuló aquellos preceptos que vaciaban indebidamente las competencias autonómicas de gestión de ayudas.

En el año 2013 se dictaron dos sentencias de especial interés: las SSTC 112/2013, de 9 de mayo, y 139/2013, de 8 de julio.

La primera de ellas desestimó el conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de la Comunidad de Madrid en relación con el plan estatal de vivienda y rehabilitación 2009-2012, aprobado por el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre. Interesa destacar que la instancia autonómica no impugnaba el plan de ayudas en su totalidad sino únicamente los siguientes preceptos: artículo 3.1 b), que sometía a los demandantes de vivienda y financiación acogidos al real decreto a su previa inscripción en un «registro público de demandantes, creado y gestionado de conformidad con lo que disponga la normativa de las comunidades autónomas», y artículo 6.1, de acuerdo con el cual las viviendas acogidas a la financiación del plan quedaban sujetas a un régimen de protección, excluyente de la descalificación voluntaria, cuya vigencia temporal dependía del destino asignado por el plan urbanístico al suelo (hasta treinta años para las edificaciones radicadas en suelo destino a vivienda protegida o suelo dotacional público, y a partir de treinta años para los demás supuestos). Si en el primero de los casos la Comunidad de Madrid entendía que la previsión reglamentaria coartaba su autonomía institucional, pues venía obligada al establecimiento y llevanza de un registro administrativo de demandantes de vivienda y financiación, en el segundo la queja traía causa de la eventual vulneración de la competencia exclusiva regional en materia de urbanismo, lo que incluye la determinación de los usos del suelo.

Como ya se ha indicado, la STC 112/2013 desestimó el conflicto, reiterando una vez más la jurisprudencia constante desde la STC 152/1988 y encuadrando la financiación estatal en el supuesto de la letra b) del fundamento jurídico 8 de la STC 13/1992, al que ya se ha hecho referencia con anterioridad. Con todo, acaso lo más destacado de este caso no se encuentre en la resolución en sí misma<sup>(15)</sup>, cuanto en el hecho de que la Comunidad de Madrid en ningún momento controvertiera la existencia de un plan estatal de ayudas en materia de vivienda. La doctrina constitucional podía entenderse tan consolidada que ni siquiera las instancias regionales cuestionaban la capacidad de intervención estatal en una materia sobre la que habían asumido estatutariamente competencias exclusivas.

Esta sensación es, si cabe, más evidente en la STC 139/2013, que desestimó el conflicto positivo de competencia formulado por el Gobierno de la Comunidad de Madrid respecto del apartado 12.1 del artículo único del Real Decreto 14/2008, de 11 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, que aprueba el plan estatal 2005-2008 para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda. La reforma suponía una liberalización del régimen de enajenación de viviendas protegidas para alquiler a determinadas sociedades, sustituyendo el requisito de la previa autorización de la administración autonómica por la simple notificación a esta del promotor. En palabras del Tribunal, «la modificación impugnada no merma las funciones ejecutivas que corresponden a la Comunidad de Madrid. Los órganos autonómicos competentes podrán controlar las enajenaciones, al estar los interesados obligados a notificarlas antes de que tenga lugar la operación» (FJ 4). Además, «la regulación estatal deja un margen para que las comunidades autónomas desarrollen el control y la gestión de la enajenación de vivienda protegida para alquiler que, de acuerdo con la doctrina constitucional previamente expuesta, resulta conforme con el parámetro de constitucionalidad fijado en la STC 13/1992, FJ 8 b), y con las posibilidades de intervención del Estado en materia de vivienda que estableció la STC 152/1988. A su vez, la reforma no obsta para que las comunidades autónomas establezcan su propia política de vivienda, en la que podrán introducir el régimen de intervención administrativa que resulte acorde con la finalidad perseguida. Tal como declaramos en la STC 112/2013, en aplicación de la doctrina derivada de la STC 152/1988, FJ 4, el régimen de autorización administrativa solo se aplica ‘a las viviendas que se acojan a la financiación del Plan sin

---

(15) Contemplados estrictamente desde la óptica de la materia competencial «vivienda», los dos preceptos controvertidos por la Comunidad de Madrid regulaban aspectos un tanto marginales: en el caso del artículo 3.1 b), la creación de un registro administrativo, lo que remite a la potestad de autoorganización, y en el del artículo 6.1 una regla que limitaba los poderes autonómicos de calificación del suelo, materia que nos pone ante la competencia sobre urbanismo.



condicionar la política de vivienda que puedan desplegar las comunidades autónomas mediante sus propios programas', a las que podrán aplicar las medidas de intervención administrativa acordes con los objetivos de la misma» (*ibidem*). De este modo, el encuadramiento de la decisión en la competencia atribuida al Estado por el artículo 149.1.13 CE evita su consideración como una regla de procedimiento administrativo común y de aplicación general a todos los supuestos de enajenación de viviendas protegidas para alquiler: junto con el régimen de notificación o declaración responsable podrá convivir otro de autorización administrativa previa, en función de a quién corresponda la financiación.

En rigor, estas resoluciones son coherentes con la delimitación del perímetro de la competencia estatal sobre ordenación de la economía, que faculta al Estado para que «intervenga 'cuando para conseguir objetivos de política económica nacional se precise una actuación unitaria en el conjunto del territorio del Estado', aun si se trata de una 'planificación de detalle' (STC 29/1986, de 20 de febrero) o de acciones o medidas singulares para alcanzar los fines propuestos en la ordenación de un sector económico (SSTC 95/1986, de 10 de julio, y 152/1988, de 20 de julio, entre otras)» [SSTC 225/1993, de 8 de julio, FJ 3 D); 77/2004, de 29 de abril, FJ 3, y 18/2011, de 3 de marzo, FJ 7; todas ellas resolutorias de controversias competenciales sobre ordenación del comercio].

La STC 141/2014, de 11 de septiembre, resolvió media docena de recursos de inconstitucionalidad promovidos frente a la Ley de suelo de 2007 y su texto refundido de 2008. Esta sentencia reforzó la posición del Estado en materia de vivienda al concluir que el establecimiento por el legislador central de una reserva mínima del 30 por ciento de suelo residencial para viviendas con un régimen de protección pública hallaba cobertura en las competencias sobre condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales, aquí a una vivienda digna y a la propiedad (art. 149.1.1 CE) y de ordenación de la economía (art. 149.1.13 CE):

«La determinación de una reserva mínima del 30 por 100 del suelo de uso residencial para vivienda en régimen de protección pública ni excede del alcance legítimo de las bases del art. 149.1.13 CE, ni vulnera o vacía de contenido las competencias en materia de vivienda y urbanismo de las comunidades autónomas que, dentro de la estricta observancia de esa garantía, pueden realizar la política urbanística y de vivienda que estimen más adecuada, pudiendo incluso prever una reserva de suelo superior si lo estiman necesario.

La regla de una reserva mínima de suelo residencial de la actuación para viviendas con régimen de protección pública se incardina también en el art. 149.1.1 CE, que, en atención a la función social de la propiedad (art. 33.2 CE), consiente imponer, con ciertas salvedades, un sacrificio, carga o deber

mínimo de igualación que han de soportar los propietarios del suelo sujeto a urbanización y, en su caso, los empresarios que lleven a cabo la ejecución del planeamiento urbanístico. Es, por tanto, una condición básica tanto del derecho de propiedad (art. 33 CE) como de la libertad de empresa (art. 38 CE). No obsta a la naturaleza básica de la regulación la constatación de que la norma opte por garantizar un porcentaje mínimo o que prevea modulaciones y excepciones a la obligación de reserva. El precepto establece una regla básica y de alcance general y, junto a ella, reglas especiales que también tienen ese mismo carácter básico y que, por tanto, son aplicables por igual en todo el territorio nacional y a todos los propietarios y empresarios que procedan a la transformación urbanística de terrenos» [FJ 8 A) b)].

A renglón seguido se cerraba la argumentación señalando que la previsión de un porcentaje mínimo de reserva, acompañada de reglas especiales, encaja perfectamente dentro de la competencia estatal *ex* artículo 149.1.13 CE al tratarse de «líneas directrices o criterios de ordenación»<sup>(16)</sup>.

Al margen de lo anterior, la STC 141/2014 reitera la doctrina de la STC 61/1997 que encuadra la determinación del destino de los bienes integrantes de los patrimonios públicos de suelo en la competencia estatal del artículo 149.1.13 CE «en relación con la vivienda (art. 47 CE)» [FJ 11 B)].

La relación de sentencias constitucionales en las que se enjuicia la validez de intervenciones estatales en materia de vivienda se cierra, por el momento, con la STC 79/2024, de 21 de mayo, que estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con diversos preceptos de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Esta ley puede ser considerada el colofón del proceso de recuperación de competencias estatales en la materia. Un proceso jalonado por diversos hitos, que se inicia por esa modesta actuación mediante el ejercicio del poder de gasto, avanza hasta la constitución de un entramado organizativo en un ámbito donde el Estado únicamente ostenta una competencia genérica (re-creación del Ministerio de la Vivienda por el Real Decreto 553/2004, de 17 de abril) y culmina con la aprobación de un texto normativo (la Ley 12/2023) que se aleja notablemente del enfo-

---

(16) En este punto, la sentencia incurre en un exceso de confusión conceptual al abordar la posibilidad de que las bases no sean estrictamente uniformes o monolíticas, llegando al extremo de hacer una especie de concesión dialéctica: «[E]n todo caso, tampoco el establecimiento de un denominador común normativo, que es la función que cumplen las normas básicas ordinarias, exige una regulación monolítica consistente en una única regla cerrada, sino que admite el establecimiento de reglas generales y especiales cuando el legislador entiende que así lo exigen determinados supuestos en atención a sus peculiaridades» [FJ 8 A) b)]. No se alcanza a comprender el sentido último de la expresión «normas básicas ordinarias», que no ha empleado en ninguna otra ocasión el Tribunal Constitucional, ni tampoco se entiende muy bien si esta diversidad es equivalente a las llamadas «bases por territorios», con las que, en todo caso, compartirá la inexorable exigencia de respeto al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias, que, en este caso, veda el vaciamiento de las competencias autonómicas.

que «económico» desde el que se había venido articulando la acción estatal *ex* artículo 149.1.13 CE, para adoptar una óptica «social» de garantía de la igualdad en el disfrute del derecho-principio rector constitucional a la vivienda (art. 149.1.1 CE, en conexión con el artículo 47 CE)<sup>(17)</sup>.

Avanzando por la senda abierta por la STC 141/2014, la sentencia 79/2024 confirma la constitucionalidad de las reglas para la declaración de zonas de mercado residencial tensionado (art. 18.2 y 3 de la Ley 12/2023), haciendo hincapié en que dicha declaración «es siempre voluntaria para las comunidades autónomas» [FJ 5 B) c)]. Curiosa aplicación competencial del brocardo *volenti non fit iniuria* que permite al Estado utilizar instrumentos propios de una competencia específica –la de vivienda– al ejercer un competencia genérica –la de ordenación de la economía–, cuyo contenido se expande. Nótese, por otro lado, que no se trata en este caso de una «planificación de detalle» o de «acciones o medidas singulares para alcanzar los fines propuestos en la ordenación de un sector económico» (STC 225/1993) sino de un instrumento normativo de alcance general.

Por el contrario, y con esa vocación de concentrarse en lo marginal que parece caracterizar a cierta jurisprudencia constitucional, la STC 79/2024 declara la inconstitucionalidad y nulidad de las previsiones legales que imponen obligaciones de colaboración y suministro de información de los grandes tenedores en esas mismas zonas de mercado residencial tensionado porque el grado de detalle con que se formulan vacía de contenido las competencias autonómicas.

Otro tanto sucede, y este es un aspecto nuclear de la intervención pública en la economía, con la identificación de los principios informadores del régimen de vivienda protegida porque están definidos con un nivel de detalle que soslaya la competencia legislativa autonómica. En relación con el artículo 16 de la Ley, la sentencia es particularmente incisiva cuando pone de relieve que, en rigor, está definiendo «un régimen llamado a aplicarse de forma supletoria, determinando el precepto cómo han de relacionarse el ordenamiento estatal y los autonómicos», siendo así que «la regla de supletoriedad del art. 149.3 CE no supone título competencial alguno para el Estado y este no puede dictar normas con el único propósito de crear Derecho supletorio del de las comunidades autónomas en materias que sean de la exclusiva competencia de estas [...], ni siquiera cuando tenga alguna competencia en la materia» [FJ 7 B) b) (i)]. En fin, se declara igualmente inconstitucional, por exceso competencial, la enumeración de las categorías integrantes del parque público de vivienda.

---

(17) Destaca la novedad y la potencialidad de la Ley 12/2023 VAQUER CABALLERÍA, M., «El derecho a la vivienda y las competencias estatales», en *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals-Journal of Self-Government*, núm. 39 (2024), pp. 123 ss.

## 2. Competencias autonómicas sobre vivienda

Si hasta 2014 la doctrina constitucional sobre distribución de competencias en materia de vivienda se elaboró con ocasión de sucesivas impugnaciones de actuaciones estatales, en la última década el protagonismo se ha desplazado a las normas autonómicas. El resultado ha sido el reforzamiento del papel que representa el Estado en la materia; antes, por el reconocimiento de unos títulos de intervención genéricos; ahora, por la limitación de los poderes autonómicos como consecuencia de la incidencia de títulos estatales entrecruzados (singularmente, los expresados en los números 1, 8, 13, 16 y 18 del artículo 149.1 CE).

Esa década pródiga en pronunciamientos sobre normas autonómicas en materia de vivienda se inaugura con la STC 93/2015, de 14 de mayo, que anula un precepto del Decreto-ley de Andalucía 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, que afirmaba que «forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, así como mantener, conservar y rehabilitar la vivienda con los límites y condiciones que así establezca el planeamiento y la legislación urbanística»<sup>(18)</sup>. Interesa recordar los términos en los que el Tribunal concluye la extralimitación competencial en la que incurriera el Ejecutivo andaluz:

«Se trata de [...] una regulación directa y con vocación de generalidad de las vertientes individual e institucional del derecho de propiedad sobre la vivienda, y no de la disciplina de un sector material en el que dicho derecho constitucional pueda incidir, como por otra parte se deriva de la propia dicción de la norma andaluza al señalar que el deber de uso efectivo del bien ‘forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda’, expresión que no alude al concepto homónimo del artículo 53.1 CE, pues es obvio que esa noción no puede ser precisada por el legislador sino que le vincula, así como que ‘no determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades, [de modo que] las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal’ [...]. Debe entenderse, por el contrario, que viene a reconocer que el deber

---

(18) En relación con esta sentencia, *vid.* el comentario de Julio César TEJEDOR BIELSA, «El saneamiento del sistema financiero como límite a la competencia autonómica sobre vivienda. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2015, de 14 de mayo», en *Práctica Urbanística*, 137, noviembre-diciembre 2015, pp. 48 ss. El autor subraya la persistencia de las limitaciones tradicionalmente alzadas *ex* artículo 149.1.11 y 13 CE frente a la competencia autonómica en la materia, enfoque absolutamente necesario para comprender la declaración de inconstitucionalidad de la regulación de la expropiación del uso de la vivienda en los supuestos de lanzamientos hipotecarios, que el Tribunal considera que invade la competencia estatal de ordenación económica *ex* artículo 149.1.13 CE (FJ 18).

que impone es una regulación directa del derecho de propiedad de un tipo de bienes y que tiene por objeto aspectos esenciales del mismo.

Por todo lo razonado, debemos concluir que el artículo 1.3 concurre a establecer el régimen general del derecho de propiedad de la vivienda y dentro de él uno de sus elementos esenciales, lo que, por implicar ‘afectación’ del mismo en el sentido que a este concepto le atribuye la doctrina constitucional, está vedado a esta modalidad de disposición con fuerza de ley. Esta conclusión no significa que la configuración constitucional del derecho de propiedad impida al legislador restringir de ese modo la amplitud de las facultades de uso y disposición del propietario de vivienda, análisis que no procede desarrollar en este momento, sino que el precepto impugnado disciplina un espacio normativo vedado al decreto-ley y reservado a la ley formal, por lo que es inconstitucional y nulo por contravenir uno de los límites materiales del decreto-ley, que deriva del principio democrático que el apartado 1 del art. 1 CE impone a todas las instituciones del Estado en su conjunto y se refleja en el art. 86.1 CE como requerimiento mínimo, por lo que el precepto autonómico establece un contenido del derecho de propiedad de la vivienda que lo afecta, en el sentido del art. 86.1 CE, y por tanto entra a regular un ámbito excluido del decreto-ley y pretende delimitar un contenido esencial para lo que ningún legislador es competente». (FJ 13).

La doctrina de esta sentencia fue reiterada en las SSTC 16/2018, de 22 de febrero; 32/2018, de 12 de abril, y 43/2018, de 26 de abril<sup>(19)</sup>. En todas ellas se declara, por ignorar la competencia estatal de ordenación general de la economía, la nulidad de los preceptos autonómicos que regulaban la expropiación del uso de la vivienda en los supuestos de lanzamientos hipotecarios<sup>(20)</sup>. Por otro lado, mediante una auténtica interpretación manipulativa de rechazo, estas sentencias descartan la inconstitucionalidad de los preceptos legales autonómicos que imponen, como parte del contenido esencial del derecho a la propiedad, el destino efectivo de las viviendas a habitación. Pese a que en ocasiones la literalidad del legislador autonómico invita a pensar otra cosa (al respecto, *vid.* STC 32/2018, FJ 7), con inopinada base en lo afirmado en la STC 16/2018, FJ 5, pues el contexto

---

(19) Anteriormente, la STC 154/2015, de 9 de julio, enjuició la constitucionalidad de otra norma andaluza parcialmente dedicada a la vivienda, la Ley del Parlamento de Andalucía 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y el suelo. No obstante, esta sentencia reviste más interés por lo que hace a la subrogación autonómica en el ejercicio de potestades municipales en materia urbanística que en lo estrictamente atinente a la vivienda, si bien su fallo contiene una interpretación conforme con la Constitución de la previsión relativa a la habilitación para la creación de patrimonio autonómico de suelo, aplicando la doctrina de la STC 51/2004, de 13 de abril [al respecto, FJ 7 e)].

(20) Reiteran la doctrina constitucional en este punto las SSTC 97/2018, de 19 de septiembre; (Ley de vivienda del País Vasco); 106/2018, de 4 de octubre (Ley de emergencia social de la vivienda de Extremadura), y 8/2019, de 17 de enero (Ley del Parlamento de Cataluña de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial).

normativo no es coincidente dadas las diferencias que pueden apreciarse entre las normas autonómicas concernidas, convierte la limitación de una facultad integrante del derecho de propiedad (la de disponer de la cosa) en un principio sin efectividad práctica inmediata alguna; lo que, en buena lógica, descarta cualquier reproche de inconstitucionalidad, al precio de sacrificar la lógica de la hermenéutica jurídica.

Por infracción de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal (art. 149.1.6 CE), el Tribunal Constitucional ha anulado sendos preceptos de la Ley de vivienda de la Comunidad Valenciana (STC 80/2018, de 5 de julio) y de la Ley de vivienda del País Vasco (STC 97/2018, de 19 de septiembre). Por este mismo motivo se anularon diversos preceptos legales autonómicos que imponían, como requisito para el ejercicio de acciones civiles por parte de los arrendadores, el ofrecimiento previo de un alquiler social [SSTC 28/2022, de 24 de febrero (Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña de refuerzo de la protección del derecho a la vivienda ante los efectos de la pandemia de la covid-19); 57/2022, de 7 de abril (Ley del Parlamento de Cataluña de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda), y 120/2024, de 8 de octubre (modificación de la Ley del Parlamento de Cataluña para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda)].

Se ha apreciado la vulneración de la competencia estatal sobre bases de las obligaciones contractuales (art. 149.1.8 CE) en la regulación autonómica de los regímenes de contención y moderación de rentas de alquiler en las SSTC 37/2022, de 10 de marzo, y la ya citada 57/2022, además de la STC 118/2022, de 29 de septiembre (Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña de medidas urgentes para estimular la promoción de viviendas con protección oficial y de nuevas modalidades de alojamiento en régimen de alquiler).

Por razones sustantivas, vulneración de los límites materiales de los decretos leyes autonómicos al afectar a la regulación del derecho de propiedad (art. 33 CE), y reiterando la doctrina de la STC 93/2015, la STC 16/2021, de 28 de enero, anuló aquellos preceptos de sendos decretos-leyes de la Generalitat de Cataluña de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda, que tipificaban como supuesto de incumplimiento de la función social de la propiedad de la vivienda su desocupación permanente y establecían medidas coactivas para su cumplimiento. Por el contrario, se descartó que concurriera este vicio en un Decreto-ley de la Generalitat Valenciana relativo a la adquisición preferente de vivienda por parte de la comunidad autónoma para la ampliación de vivienda pública (STC 8/2023, de 22 de febrero), pues no se trata, en este caso, de la regu-

lación de la institución sino de su utilización instrumental para la consecución de un objetivo constitucional y estatutariamente legítimo.

Al concluir estas líneas puede resultar pertinente poner de manifiesto cómo el crecimiento exponencial de la atención prestada por los diferentes legisladores a la vivienda ha corrido paralela con la recuperación efectiva de competencias por el Estado. Como ya se ha indicado, las instancias centrales del Estado no se limitan al apoyo financiero, sino que tratan de hacer efectivo el principio rector de acceso a una vivienda digna y adecuada. Si bien esto puede tener un aspecto positivo, convendrá no olvidar que la realización del mandato del artículo 47 CE debe hacerse de acuerdo con el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias. Un orden, no lo olvidemos, coherente en cuanto que conecta estrechamente todas las políticas públicas con impacto territorial. Parece lógico, en tal sentido, que corresponda a la misma instancia territorial la competencia sobre urbanismo, esto es, la «fijación de lo que pudiéramos llamar políticas de ordenación de la ciudad, en tanto en cuanto mediante ellas se viene a determinar el cómo, cuándo y dónde deben surgir o desarrollarse los asentamientos humanos, y a cuyo servicio se disponen las técnicas e instrumentos urbanísticos precisos para lograr tal objetivo» (STC 61/1997, FJ 6), y la competencia para la elaboración de una política propia en materia de vivienda. Obviamente, sin que esto justifique ninguna eventual desatención del Estado a la realización de un mandato constitucional de optimización.

## **Sección 2**

### **La vivienda en el contexto europeo. Modelos comparados**



## II

### VIVIENDA Y MERCADO DE LA VIVIENDA EN EL CONTEXTO EUROPEO

## A. El derecho a la vivienda en el contexto europeo

**Sorcha Edwards**, *Secretaria General Housing Europe*

**Alice Pittini**, *Directora de investigación Housing Europe*

**Johanne Pilippe**, *Asistente de políticas Housing Europe*

**Abderrahim Khairi**, *Coordinadora de miembros y eventos Housing Europe*

**Enrique Bueso Guirao**, *Asesor jurídico de la Asociación española de gestores públicos de vivienda y suelo (AVS), Abogado. Máster en urbanismo y ordenación del territorio y doctor en derecho por el departamento de derecho administrativo, urbanismo y ordenación del territorio de la universidad politécnica de Valencia*

**Ana Silvestre Navarro**, *Técnica jurídica de la Asociación española de gestores públicos de vivienda y suelo (AVS), Máster en planificación territorial, medioambiental y urbana por el departamento de derecho administrativo, urbanismo y ordenación del territorio de la universidad politécnica de Valencia*

**Enrique Bueso Gómez**, *Abogado especialista en derecho público, urbanismo y derecho de la edificación. Carrau corporación*

**Resumen:** *El contexto europeo en el esencial sector de la vivienda es fundamental para, a través de modelos comparados tratar de perfilar el tan ansiado derecho a la vivienda. Un amplio abanico de compromisos a nivel internacional y nacional reconocen la importancia del derecho a la vivienda como condición previa para el ejercicio de la mayoría de los demás derechos fundamentales. El derecho a una vivienda adecuada es un derecho*



*universal, reconocido a nivel internacional y en más de cien constituciones nacionales de todo el mundo. Es un derecho reconocido como válido para toda persona individual. A pesar de este derecho, las personas sin hogar, alojadas inadecuadamente y desahuciadas son cada vez más numerosas. Existen diferentes mecanismos para su aplicación, entre los que destaca la adopción de un derecho a la vivienda exigible, pero las leyes que establecen el derecho a la vivienda representan solo un punto de partida.*

*Destacar como hito que como consecuencia de la crisis COVID-19, se arbi-traron distintas medidas legislativas a nivel europeo para facilitar la actuación del Gestor Público de vivienda, suelo y servicios, tanto en rela-ción a su actuación como en beneficio de los arrendatarios de sus parques públicos de vivienda especialmente afectados por la crisis, paralizando los procedimientos de desahucio y mediante la concesión de bonificaciones, subvenciones y aplazamiento de rentas, medidas que fueron complementa-das en muchos casos por los propios gestores públicos.*

*En el siguiente estudio una vez descrita la situación actual pasaremos al análisis de la vivienda como derecho en el contexto europeo con especial referencia al caso francés como ejemplo de derecho a la vivienda exigible.*

**Palabras clave:** *Derecho a la vivienda, Derecho universal, Derecho funda-mental, Personas sin hogar, vivienda digna, viviendas asequibles, Entes Instrumentales Públicos, Promotores Públicos, Gestores Públicos, Vivienda Pública, Viviendas Protegidas, Viviendas Sociales, Gestión Pública de la Vivienda.*

**Abstract:** *The European context in the essential housing sector is funda-mental to try to outline, through comparative models, the long-awaited right to housing. A wide range of international and national commitments recognize the importance of the right to housing as a precondition for the exercise of most other fundamental rights.*

*The right to adequate housing is a universal right, recognized at the inter-national level and in more than one hundred national constitutions around the world. It is a right recognized as valid for every individual person. Des-pite this right, homelessness, inadequate housing and evictions are on increasing numbers.*

*There are different mechanisms for its implementation, including the adop-tion of an enforceable right to housing, but the laws establishing the right to housing represent only a starting point.*

*As a highlight, as a consequence of the COVID-19 crisis, various legislative measures were adopted at European level to facilitate the performance of the Public Housing, Land and Services Manager, both in relation to its per-formance and for the benefit of tenants of its public housing parks, especia-ly affected by the crisis, paralyzing eviction procedures and through the granting of bonuses, subsidies and rent deferrals, measures that were com-plemented in many cases by the public managers themselves.*



*In the following study, once the current situation has been described, we will move on to the analysis of housing as a right in the European context, with special reference to the French case as an example of an enforceable right to housing.*

**Keywords:** *Right to housing, Universal right, Fundamental right, Homelessness, Affordable housing, Public Instrumental Entities, Public Promoters, Public Managers, Public Housing, Protected Housing, Social Housing, Public Management of Housing.*

**Sumario:** 1. Situación actual. 2. La vivienda como derecho humano universal. 3. Protección del derecho a la vivienda de colectivos específicos. 4. La vivienda como derecho. Tratados del Consejo de Europa. 5. La UE y el derecho a la vivienda - Carta Europea de los Derechos Fundamentales. 6. La UE y el derecho a la vivienda - El pilar de derechos sociales de la UE (EPSR). 7. Jurisprudencia para la promoción de los derechos sociales. 8. El derecho a una vivienda digna en las constituciones nacionales. 9. Derecho a la vivienda en las legislaciones nacionales: obligaciones de los poderes públicos. Ejemplo: Derecho a la vivienda exigible: el caso francés. 10. Conclusiones. Bibliografía.

## 1. SITUACIÓN ACTUAL

Antes de la paralización de la actividad económica y social por la Pandemia la vivienda ya era percibida como un problema social de primer orden a nivel europeo. El derecho a una vivienda «digna y adecuada» no estaba garantizado para amplias capas de la población, tanto por su escasa oferta de vivienda asequible, especialmente en alquiler, como por la inadecuación de la misma, especialmente por el grado de obsolescencia de sus servicios e instalaciones y su poca adecuación a los criterios actuales medioambientales. Esta situación hacía que los ciudadanos se dirigieran a sus representantes políticos exigiendo la implantación de las medidas necesarias para paliarlo.

En este contexto, durante 2018, 2019 y principios de 2020 con ánimo de potenciar de forma decidida la vivienda social en España representantes del nuevo Gobierno, especialmente la Secretaría General de Vivienda (primero del Ministerio de Fomento y, posteriormente del Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, y en la actualidad Ministerio de Vivienda y

agenda Urbana)<sup>(1)</sup> y la Asociación Española de Gestores Públicos de Vivienda y Suelo (AVS), como agente fundamental en el sector de la gestión pública de la vivienda, suelo y servicios, celebraron distintas reuniones para ir implementando las necesarias medidas para implementar los importantes planes y medidas que habían diseñado en relación con la vivienda para dar un decidido paso para responder a esa demanda cada vez más acuciante, especialmente por el gran aumento de los alquileres<sup>(2)</sup>.

Los Gestores Públicos españoles decididos a apoyar estas medidas plantearon al Ministerio de Fomento que tras la anterior crisis económica y la normativa surgida de la misma habían sufrido una importante merma en su capacidad de actuación tanto desde un punto de vista económico como jurídico.

Como consecuencia de estas reivindicaciones, para paliar esta precaria situación, paulatinamente se fueron implementando medidas tendentes a favorecer el sector de la gestión pública de vivienda y el suelo, así Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, en el que se modificaba la Ley de Arrendamientos Urbanos para dar una mayor protección al arrendatario, se potenciaban los «Parques Públicos de Alquiler», introduciendo el trámite de comunicación a los servicios sociales y, cuando afectase a hogares vulnerables, estableciendo que la determinación de la situación de vulnerabilidad produciría la suspensión del procedimiento. Además, desde el punto de vista económico, se ampliaba el ámbito de las inversiones financieramente sostenibles del superávit municipal para acoger la posibilidad de realizar actuaciones en materia de vivienda, siguiendo lo reiteradamente demandado por AVS, o, desde un punto de vista fiscal, se establecía la demandada excepción de la obligación de repercutir al arrendatario el Impuesto sobre Bienes Inmuebles cuando el arrendador sea un ente público en los supuestos de alquileres de inmuebles de uso residencial con renta limitada por una norma jurídica, que nos permitía no repercutirlo en supuesto de hogares vulnerables donde dicha repercusión llegaba a superar la propia renta arrendaticia. Además, se proyecta la inclusión de las ayudas específicas para hacer viables la promoción de viviendas para crear parques públicos.

Estando en este proceso, surge la Pandemia debida al COVID-19 y con ella el problema de la vivienda se incrementó de forma exponencial. Por un lado, por la situación objetiva del propio parque de vivienda, pues la propia situación de confinamiento evidenció las carencias no solo en

---

(1) Los titulares de la Secretaría General de Vivienda han sido, en primer lugar, Helena Beunza Ibáñez y posteriormente David Lucas Parrón.

(2) BUESO GÓMEZ; SILVESTRE NAVARRO, A., y BUESO GUIRAO E. (2020).

cuanto al diseño de la propia vivienda, no adecuada ni en superficie ni distribución a un encierro prolongado de una familia, sino también al estado de deterioro físico de muchas viviendas y la obsolescencia e incluso ausencia de redes de servicios y equipamientos, especialmente los medios necesarios para las comunicaciones exteriores para el trabajo, la enseñanza o el ocio. Por otro, desde un punto de vista subjetivo, por los devastadores efectos económicos en buena parte de los ciudadanos que sufrieron una drástica disminución de sus ingresos o la pérdida del empleo, lo que hizo muy difícil mantener los costes económicos de sus viviendas y los suministros necesarios para el adecuado uso de las mismas.

En los últimos años y, para tratar de hacer frente al aumento de las dificultades en el acceso a la vivienda, las distintas Administraciones públicas (AAPP) han desplegado un amplio conjunto de medidas de naturaleza diversa, tal y como se desprende del Informe Anual del Banco de España 2023<sup>(3)</sup>, medidas en mayor o menor medida extrapolables al ámbito europeo impulsadas a raíz de la pandemia<sup>(4)</sup>. Entre ellas, destacan las siguientes:

- Medidas de protección a los inquilinos como, la ampliación de la duración de los contratos de alquiler y el endurecimiento de los supuestos y condiciones de desahucio en el caso de hogares en situación de vulnerabilidad social.

- Medidas de protección a los hogares hipotecados como, la reforma del Código de Buenas Prácticas (CBP) a finales de 2022 y la mejora de sus condiciones a finales de 2023<sup>(5)</sup>.

- Medidas de apoyo a la demanda como, por ejemplo, avales públicos e incentivos fiscales para la compra de vivienda, y bonos al alquiler.

- Medidas destinadas a aumentar el parque de alquiler social o a precio asequible, como las líneas de préstamos ICO, movilización de suelo público y el impulso a la colaboración público-privada.

- Medidas para agilizar la concesión de licencias urbanísticas, incrementar el volumen de suelo edificable y el grado de edificabilidad, y facilitar el uso residencial de los bienes inmuebles.

- Nuevos indicadores de precios del alquiler y marco para la declaración de zonas tensionadas, que podrían permitir nuevas limitaciones a los incrementos anuales de las rentas del alquiler y la posibilidad de establecer controles en los niveles de los precios del alquiler en zonas tensionadas.

---

(3) GAVILÁN A. (2024), p. 15.

(4) HOUSING EUROPE, The state of Housing in Europe in 2021. <https://www.housingeurope.eu/resource-1540/the-state-of-housing-in-europe-in-2021>.

(5) CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS (CBP). <https://www.boe.es/buscar/pdf/2022/BOE-A-2022-19403-consolidado.pdf>.

– Otras medidas: regulaciones para endurecer las condiciones para el desarrollo del alquiler turístico en determinadas áreas, mayores incentivos fiscales a los particulares que arrienden viviendas con reducciones de precios en las denominadas áreas tensionadas.

Todo este contexto aparece enmarcado por el nombramiento por primera vez en la Unión Europea del primer comisario de vivienda, ámbito desde el que se le encomienda examinar todos los aspectos, desde la eficiencia energética hasta la inversión y la construcción y con la misión de afrontar la escasez de vivienda asequible, desafío compartido por los Veintisiete frente al que no cuenta con competencias directas, pero sí con margen para facilitar la inversión y apoyar a las autoridades locales.

Una vez descrita la situación actual pasaremos al análisis de la vivienda como derecho en el contexto europeo con especial referencia al caso francés como ejemplo de derecho a la vivienda exigible.

## 2. LA VIVIENDA COMO DERECHO HUMANO UNIVERSAL

El derecho a la vivienda existe en varios tratados de derechos humanos, pero su alcance y contenido preciso no son muy explícitos. Concretamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 dispone en su artículo 25.1:

Artículo 25.1: «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.».

El derecho a una vivienda adecuada es un derecho universal, reconocido a nivel internacional y en más de cien constituciones nacionales de todo el mundo. Es un derecho reconocido como válido para toda persona individual. A pesar de este derecho, las personas sin hogar, alojadas inadecuadamente y desahuciadas son cada vez más numerosas en las ciudades y el campo de todo el planeta. De hecho, ONU-Hábitat calcula que 3.000 millones de personas, alrededor del 40 % de la población mundial, necesitarán acceder a una vivienda adecuada. Esto se traduce en una demanda de 96.000 nuevas viviendas asequibles y accesibles cada día. Un número considerable de personas no puede acceder a una vivienda en el mercado, ni de alquiler ni de compra. Algunas no tienen dónde vivir o tienen miedo de vivir en sus casas. Cada vez más personas duermen en portales, casas

ocupadas, edificios abandonados y otros lugares no aptos para la habitación humana. Al mismo tiempo, ha disminuido la oferta de viviendas sociales y estatales.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 dispone en su artículo 11 apartado primero:

Artículo 11.1: «[...] el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes adoptarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, [...]».

### 3. PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA DE COLECTIVOS ESPECÍFICOS

Existen varios convenios que establecen el derecho a la vivienda para grupos que se consideran especialmente vulnerables y merecedores de una protección específica:

- Trabajadores (OIT, 1962).
- Refugiados (OIT, 1961).
- Niños (ONU, 1959; 1989).
- Mujeres (ONU, 1979).
- Trabajadores de edad avanzada (OIT, 1980), trabajadores inmigrantes (OIT, 1990).
- Minorías (ONU, 1991).
- Pueblos indígenas (ONU, 1993).

### 4. LA VIVIENDA COMO DERECHO. TRATADOS DEL CONSEJO DE EUROPA.

El Consejo de Europa es una organización internacional cuyo objetivo declarado es defender los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho en Europa y promueve la cultura europea. Fundado en 1949, cuenta con 47 Estados miembros.

A diferencia de la UE, el Consejo de Europa no puede elaborar leyes vinculantes, pero sí tiene potestad para hacer cumplir determinados acuerdos internacionales alcanzados por los Estados europeos sobre





diversos temas. El órgano más conocido del Consejo de Europa es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que vela por el cumplimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La Carta Social Europea Revisada del Consejo de Europa (CSEE) proporciona criterios y orientaciones específicos para la realización progresiva del derecho a la vivienda y la reducción y prevención del sinhogarismo, hasta su erradicación. La vivienda debe estar disponible, ser asequible y de calidad adecuada.

La Carta Social Europea (revisada) es un tratado del Consejo de Europa que se abrió a la firma el 18 de octubre de 1961 y entró en vigor inicialmente el 26 de febrero de 1965 – revisada en 1996:

Art. 31: «Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, las Partes se comprometen a adoptar medidas destinadas a: favorecer el acceso a una vivienda de un nivel adecuado; prevenir y reducir el número de personas sin hogar con vistas a su eliminación progresiva; hacer accesible el precio de la vivienda a las personas sin recursos suficientes».

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) incluye derechos específicos que garantizan el derecho a la vivienda, como el artículo 8, sobre el derecho a la vida familiar y privada y a la protección del domicilio; el artículo 6, sobre el derecho a un proceso justo en caso de desahucio; y el artículo 7, sobre el derecho a una vivienda digna.

## 5. LA UE Y EL DERECHO A LA VIVIENDA. CARTA EUROPEA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Artículo 34 §3: «Con el fin de luchar contra la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, de conformidad con las normas establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales».

La Unión Europea no ha ratificado (todavía) el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tampoco ha ratificado la Carta Social Europea revisada. Nueve Estados están vinculados por la Carta de 1961 (cinco de ellos también por el Protocolo de 1988) y diecinueve por la Carta Revisada. Salvo dos Estados, Francia y Portugal, que han aceptado todos los apartados de la Carta Revisada, los demás han ratificado un número mayor o menor de disposiciones de una u otra versión de la Carta. Solo catorce Estados miembros de la UE han aceptado el Protocolo de 1995 por el que

se establece un sistema de reclamaciones colectivas. Esto da lugar a una variedad de situaciones y obligaciones contraídas.

Sin embargo, los derechos establecidos por la Carta están garantizados de forma más o menos explícita y detallada por la legislación de la UE. En concreto, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) ha adquirido rango de Tratado.

## 6. LA UE Y EL DERECHO A LA VIVIENDA. EL PILAR DE LOS DERECHOS SOCIALES DE LA UE (PEDS)

El 26 de abril de 2017, la Comisión Europea presentó oficialmente el esperado Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS). En el mismo se contienen veinte principios y derechos clave para apoyar unos mercados laborales y unos sistemas de bienestar justos y que funcionen correctamente, entre ellos la Prioridad diecinueve.

Se proporcionará a quienes lo necesiten acceso a una vivienda social o a ayudas a la vivienda de buena calidad.

Que las personas vulnerables tengan derecho a una asistencia y protección adecuadas contra el desalojo forzoso.

Se proporcionará alojamiento y servicios adecuados a las personas sin hogar con el fin de promover su inclusión social.

La aplicación del PEDS es una responsabilidad conjunta, cuya mayor competencia corresponde a los Estados miembros.

El PEDS no es directamente aplicable, sino que sirve de base para establecer las prioridades de los programas de trabajo y financiación, y para hacer recomendaciones a los Estados miembros (para unas políticas de vivienda más eficaces y para apoyar el acceso universal y rápido a la vivienda).

Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica del pilar, estos principios y derechos no son directamente aplicables, lo que significa, como explica la Comisión Europea, que «requieren una traducción en una acción específica o en una legislación específica, al nivel apropiado». Una cuestión importante sobre la que reflexionar es: «¿Cómo podemos asegurarnos de que se aplicarán estos derechos y principios?».

La Comisión Europea sigue dando prioridad a la aplicación de los principios del Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS) en la Unión Económica y Monetaria (UEM). Mientras que el PEDS sigue abierto a la adopción por otros Estados miembros, esta aplicación selectiva puede exacerbar las disparidades en la eficiencia de la política de vivienda entre las regiones del norte y del sur, así como entre el este y el oeste de Europa.



## 7. JURISPRUDENCIA PARA LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Desde hace ya cincuenta años, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncian sobre litigios entre particulares y organismos públicos acerca del significado exacto de los derechos sociales, especialmente en relación con la vivienda. Estas decisiones pueden y deben utilizarse más como recurso para defender y promover los derechos sociales.

## 8. EL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA EN LAS CONSTITUCIONES NACIONALES<sup>(6)</sup>

Solo dos países de la UE han reconocido en sus constituciones el derecho a una vivienda digna como un derecho humano fundamental (España, Bélgica), mientras que en numerosos países (Finlandia, Grecia, Italia, Países Bajos, Polonia, Eslovenia)<sup>(7)</sup> se reconoce en la constitución el derecho a una vivienda digna como un principio, una meta o un objetivo social o político esencial para el país. Las distintas concepciones del derecho a la vivienda proclamadas por los Estados miembros en sus constituciones expresan, en sus diversas redacciones, un derecho social fundamental o «un derecho y una directriz», ya que indica una actividad que deben llevar a cabo los Estados miembros con vistas a su aplicación, es decir, mediante la construcción de viviendas sociales o incentivos adecuados para que el mercado privado proporcione viviendas asequibles, y las decisiones adoptadas como actos políticos para asignar medios presupuestarios a la vivienda e indemnizar a los propietarios. Sin embargo, su formulación no permite a las personas necesitadas afectadas reclamar ante los tribunales la aplicación del derecho a la vivienda, con el fin de obtener del Estado una vivienda digna<sup>(8)</sup>.

---

(6) EUROPEAN SOCIAL HOUSING OBSERVATORY, (2008). *The Right to Housing in the European Union*.

(7) GOLAY, C., MELIK, O., *The Right to Housing*. Europe-Third World Centre (CETIM).

(8) GHEKIERE L. (2007).

## A. EL DERECHO A LA VIVIENDA EN EL CONTEXTO EUROPEO

| Table 1: Right to housing in Member States' national constitutions |            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|--------------------------------------------------------------------|------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Country                                                            | Article    | Formulation of the right to housing                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| Belgium (1994)                                                     | Article 23 | 3. Everyone has the right to enjoy a life in conformity with human dignity. Towards this end, the law, the decree or rules established under article 134 guarantee, taking into account the corresponding obligations, economic, social and cultural rights of which they determine the conditions for their implementation. These rights include, in particular, the right to adequate housing.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| Finland (1999)                                                     | Article 19 | The government shall favour the right of everyone to adequate housing and shall support personal efforts in the pursuit of housing.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| Greece (1975)                                                      | Article 21 | 4. The provision of homes to those who are homeless or live in inadequate housing conditions shall be the subject of special care by the State.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| Italy (1947)                                                       | Article 47 | The Republic encourages and safeguards savings in all its aspects and supervises, coordinates and controls the issuing of credit. It encourages the investment of private savings in the purchase of homes or holdings directly farmed by the owners and direct or indirect investment in large productive enterprise.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| Netherlands (1984)                                                 | Article 22 | 2. It shall be the concern of the authorities to provide sufficient living accommodation.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| Poland (1997)                                                      | Article 75 | 1. Public authorities shall pursue policies conducive to satisfying the housing needs of citizens, in particular combating homelessness, promoting the development of low income housing and supporting activities aimed at acquisition of a home by each citizen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| Portugal (1982)                                                    | Article 65 | 1. Everyone shall have the right for himself and his family to a dwelling of adequate size satisfying standards of hygiene and comfort and preserving personal and family privacy.<br>2. In order to safeguard the right to housing it shall be the duty of the State to: (a) draw up and put into effect a housing policy as part of general regional planning and based upon town plans which safeguard the existence of an adequate network of transport and social facilities; (b) To promote, in conjunction with local authorities, the construction of economic and social housing; and (c) promote private building subject to the public interest.<br>3. The State shall adopt a policy aimed at introducing a system of rents compatible with family incomes and of individual ownership of dwellings.<br>4. The State and local authorities shall exercise effective supervision over immovable property, take urban lands into national and municipal ownership where necessary and lay down rights of use. |
| Slovenia (1991)                                                    | Article 78 | The State shall create the conditions necessary to enable each citizen to obtain proper housing.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| Spain (1978)                                                       | Article 47 | All Spaniards have the right to enjoy decent and adequate housing. The authorities shall promote the conditions necessary and establish pertinent norms to make this right effective, regulating the use of land in accordance with the general interest to prevent speculation. The community shall share in the increased values generated by urban activities of public bodies.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |

**Fuente:** Observatorio Europeo de la Vivienda Social, (2008). El derecho a la vivienda en la Unión Europea.

## 9. DERECHO A LA VIVIENDA EN LAS LEGISLACIONES NACIONALES: OBLIGACIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS

En los Estados miembros en los que el derecho a la vivienda no está integrado en las constituciones, las leyes nacionales establecen ese principio y definen las modalidades concretas de su aplicación.

Algunos de los Estados miembros han confiado por ley a autoridades públicas específicas la aplicación del derecho a la vivienda, como Alemania, Dinamarca, Suecia, Polonia, los Países Bajos, el Reino Unido y, más recientemente, Estonia y Bulgaria. En estos Estados miembros, la provisión de vivienda a las personas excluidas es responsabilidad explícita de



los municipios. Independientemente de que se refiera a un derecho reconocido a la vivienda, a un objetivo general de lucha contra la exclusión social o a un imperativo de orden público, las disposiciones legales correspondientes ofrecen la ventaja de que establecen responsabilidades claras y prevén una aplicación real del derecho a la vivienda correspondiente a las necesidades reales, es decir, a nivel de las autoridades públicas locales.

En Dinamarca, Suecia y Polonia, la legislación específica incluye la obligación de los municipios de proporcionar una vivienda digna. En el Reino Unido, la Ley de Vivienda de 1977 impone a los municipios la obligación de proporcionar alojamiento a las personas necesitadas. En Alemania, la legislación regional impone a los municipios la obligación de alojar a las personas sin hogar que se consideren «alteradoras del orden público». El derecho a la vivienda está actualmente consagrado en las constituciones de 8 Landers alemanes: Baviera, Berlín, Brandemburgo, Bremen, Mecklenburgo-Pomerania Occidental, Renania-Palatinado, Sajonia-Anhalt y Turingia<sup>(9)</sup>.

En Irlanda no existe un derecho «real» a la vivienda. Sin embargo, existe un derecho «aspiracional» a la vivienda. En otras palabras, el gobierno está tomando medidas para intentar hacer realidad el acceso a la vivienda para todos, pero no está legalmente obligado a hacerlo. El Estado irlandés ha creado varios organismos públicos encargados de promover este concepto aspiracional del derecho a la vivienda, entre los que destaca la Agencia de la Vivienda. La Agencia de Financiación de la Vivienda y la nueva Agencia de Desarrollo del Suelo también desempeñan un papel de apoyo<sup>(10)</sup>.

### **Ejemplo de derecho a la vivienda exigible: el caso francés<sup>(11)</sup>**

Tras cuatro leyes especiales sobre el derecho a la vivienda, Francia adoptó en 2007 una quinta para hacerlo exigible y transformar el simple objetivo de la provisión de vivienda en una obligación formal para el Estado, obligación que da derecho a los solicitantes a recurrir a la vía judicial en caso de no ejecución. La ley aprobada en 2007 estipula que «toda persona que resida legalmente en el país, cuyos recursos sean insuficientes o que, por razón de edad, situación mental, física o social, esté incapacitada para trabajar, tiene derecho a acceder a una vivienda adecuada por parte de las autoridades». A partir del 31 de diciembre de 2008, el derecho a una vivienda en una «vivienda

(9) GERMAN UNION OF TENANTS – DeutschenMieterbunde (DMB).

(10) THE HOUSING AGENCY website <https://www.housingagency.ie/>.

(11) MINISTERIO FRANCÉS DE TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y COHESIÓN TERRITORIAL (2024). Loi sur le droit au logement opposable (DALO). [Ley sobre el derecho a la vivienda.]. <https://www.ecologie.gouv.fr/politiques-publiques/loi-droit-logement-opposable-dalo#:~:text=Ce%20droit%20est%20dit%20%C2%AB%20opposable,du%20recours%20%C3%A0%20l'amiable.>

social» o en una «estructura adaptada» será exigible. Sin embargo, antes de acudir a los tribunales, el solicitante tendrá que recurrir a un comité de mediación y aportar pruebas de que su solicitud no ha sido atendida en «términos razonables». A partir de enero de 2012, el derecho exigible a la vivienda estará en vigor para todos los solicitantes de vivienda social que sean víctimas de plazos de tramitación «anormalmente largos».

Según las estimaciones oficiales, la ley comúnmente conocida como DALO (*Droit au logement opposable*) obligará a las autoridades públicas a proporcionar vivienda a unas 648.570 personas. En total, en mayo de 2008 se habían presentado 26.009 solicitudes, la gran mayoría en la región de Île-de-France y, en particular, en París. Del total de solicitudes oficiales, 8.018 han sido examinadas (31 %) y 3.231 han sido aprobadas. Hasta la fecha se ha proporcionado alojamiento a 605 hogares. Los principales obstáculos que se han detectado son la ineficacia de los procedimientos administrativos, la insuficiencia de recursos de las comisiones locales encargadas de la mediación, especialmente en las zonas más problemáticas (sobre todo en Île de France), la incoherencia en la definición del nivel territorial de aplicación (departamentos)<sup>(12)</sup>.

Y lo que es más importante, según el Alto Comité para la vivienda de las personas desfavorecidas, el DALO ejerce una mayor presión sobre el sector de la vivienda social, que ya se esfuerza por responder al aumento de la demanda de vivienda social provocado por la crisis inmobiliaria (se calcula que la demanda de vivienda social en Francia es de alrededor de 1 300 000)<sup>(13)</sup>.

## 10. CONCLUSIONES<sup>(14)</sup>

Un amplio abanico de compromisos a nivel internacional y nacional reconocen la importancia del derecho a la vivienda como condición previa para el ejercicio de la mayoría de los demás derechos fundamentales.

Existen diferentes mecanismos para su aplicación, entre los que destaca la adopción de un derecho a la vivienda exigible. Hacer que el derecho a la vivienda sea exigible significa en realidad establecer una obligación legal

---

(12) DALLIER, P-. (2008). La mise en œuvre du droit opposable au logement (DALO). Rapport spécial de la mission «Ville et Logement». [Aplicación del derecho a la vivienda (DALO). Informe especial de la misión «Ciudad y vivienda»].

(13) HAITY COMITÉ POUR LE LOGEMENT DES PERSONNES DÉFAVORISÉES (2008). 13th Report of the High Committee for the Housing of Disadvantaged People: Unfolding the implication of the enforceable right. [13.º Informe del Alto Comité para la Vivienda de las Personas Desfavorecidas: Despliegue de las aplicaciones del derecho a la vivienda].

(14) Para más información, consulte Sitio web de Housing Rights Watch <https://www.housingrightswatch.org/> y el sitio web de FEANTSA <https://www.feantsa.org/fr>.

para el Estado o la autoridad pública competente de proporcionar una vivienda digna a las personas excluidas. El incumplimiento de dicha obligación podría entonces llevarse ante un tribunal administrativo, donde las autoridades estatales estarían obligadas a indemnizar al solicitante cuya petición no haya sido atendida o a tomar las medidas necesarias para cumplirla. Desgraciadamente, una ley de este tipo no ayuda a crear viviendas asequibles allí donde faltan. De hecho, la tendencia hacia el establecimiento de un derecho exigible a la vivienda no va de la mano hasta ahora de un aumento real de la oferta de viviendas asequibles, como lógicamente debería ocurrir.

Las leyes que establecen el derecho a la vivienda representan solo un punto de partida. Deben ir de la mano de programas globales y coherentes para la provisión de suficientes viviendas asequibles, si realmente queremos alcanzar el objetivo del acceso a la vivienda para todos.

## BIBLIOGRAFÍA

- BUESO GÓMEZ; SILVESTRE NAVARRO, A., y BUESO GUIRAO E. (2020). Los Gestores Públicos de vivienda y suelo. Problemática y actuación durante el estado de alarma por el covid-19\*. Revista de derecho Urbanístico y Medio Ambiente. Mayo 2020.
- DALLIER, P. (2008). La mise en œuvre du droit opposable au logement (DALO). Rapporteur spécial de la mission «Ville et Logement». [Aplicación del derecho a la vivienda (DALO). Informe especial de la misión «Ciudad y vivienda».].
- EUROPEAN SOCIAL HOUSING OBSERVATORY, (2008). *The Right to Housing in the European Union*.
- GAVILÁN A. (2024) p. 15. Informe del Banco de España anual 2023. Capítulo 4. El mercado de la vivienda en España: evolución reciente, riesgos y problemas de accesibilidad realizado por Director General de Economía y Estadística. Banco de España Madrid, 23 de abril de 2024. [https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/23/Fich/InfAnual\\_2023\\_Cap4.pdf](https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/23/Fich/InfAnual_2023_Cap4.pdf).
- GHEKIÈRE L. (2007). *Le Développement du Logement Social dans L'Union européenne*. [The Development of Social Housing in the European Union]. Dexia Editions, Paris.
- GOLAY, C., MELIK, O., The Right to Housing. Europe-Third World Centre (CETIM).
- HAYT COMITÉ POUR LE LOGEMENT DES PERSONNES DÉFAVORISÉES, (2008). 13th Report of the High Committee for the Housing of Disadvantaged People: Unfolding the implication of the enforceable right. [13.º Informe del Alto Comité para la Vivienda de las Personas Desfavorecidas: Despliegue de las aplicaciones del derecho a la vivienda].
- HOUSING EUROPE, The state of Housing in Europe in 2021. <https://www.housingeurope.eu/resource-1540/the-state-of-housing-in-europe-in-2021>.



## **B. Modelos comparados de provisión, de tenencia de vivienda en el mercado y de intervención en el mercado de la vivienda**

**Sorcha Edwards**, *Secretaria General Housing Europe*

**Alice Pittini**, *Directora de investigación Housing Europe*

**Johanne Pilippe**, *Asistente de políticas Housing Europe*

**Abderrahim Khairi**, *Coordinadora de miembros y eventos Housing Europe*

**Enrique Bueso Guirao**, *Asesor jurídico de la Asociación española de gestores públicos de vivienda y suelo (AVS), Abogado. Máster en urbanismo y ordenación del territorio y doctor en derecho por el departamento de derecho administrativo, urbanismo y ordenación del territorio de la universidad politécnica de Valencia*

**Ana Silvestre Navarro**, *Técnica jurídica de la Asociación española de gestores públicos de vivienda y suelo (AVS), Máster en planificación territorial, medioambiental y urbana por el departamento de derecho administrativo, urbanismo y ordenación del territorio de la universidad politécnica de Valencia*

**Enrique Bueso Gómez**, *Abogado especialista en derecho público, urbanismo y derecho de la edificación. Carrau corporación*

**Resumen:** *El contexto europeo en el esencial sector de la vivienda es fundamental para, a través de modelos comparados tratar de perfilar el tan ansiado derecho a la vivienda. El objeto de este estudio es analizar la*





*situación de los Gestores públicos de vivienda europeos analizando diferentes modelos comparados de provisión y tenencia de vivienda así como la intervención en el mercado de la misma.*

**Palabras clave:** *Entes Instrumentales Públicos, Promotores Públicos, Gestores Públicos, sociedades urbanísticas, Gestión directa de servicios, Gestión de servicios por entes instrumentales, Encargos a medios propios, Vivienda Pública, Viviendas Protegidas, Viviendas Sociales, Gestión Pública de la Vivienda.*

**Abstract:** *The European context in the essential housing sector is fundamental to try to outline, through comparative models, the long-awaited right to housing. The purpose of this study is to analyze the situation of European public housing managers by analyzing different comparative models of housing provision and tenure as well as housing market intervention.*

**Keywords:** *Public Instrumental Entities, Public Promoters, Public Managers, urban societies, Direct management of services, Management of services by instrumental entities, Orders to own resources, Public Housing, Protected Housing, Social Housing, Public Management of Housing.*

**Sumario:** 1. Modelos comparados de provisión de vivienda. 2. Modelos comparados de tenencia de vivienda. 3. Modelos comparados de intervención en el mercado de la vivienda. 3.1 Los diferentes sistemas de financiación. 3.2 Medidas fiscales (reducción/rebaja del impuesto sobre la renta, IVA, etc.). 3.3 Construcción/creación de stock inmobiliario público. Planificación/uso del suelo (autoridades locales). 3.4 Medidas de intervención en materia de precios.

## 1. MODELOS COMPARADOS DE PROVISIÓN DE VIVIENDA

La provisión de vivienda en Europa puede incluir básicamente tres tipos de modalidades, que son<sup>(1)</sup>:

*a)* Prestación directa por una autoridad pública u organismo de la administración pública (es decir, cuando la propia autoridad pública presta el servicio utilizando sus recursos internos);

---

(1) COMISIÓN EUROPEA (2011). Estudio sobre los servicios sociales de interés general – Informe final.

b) Prestación «in house», es decir, a través de una empresa pública de vivienda (cuando la propia autoridad pública presta un servicio, aunque actuando a través de una entidad jurídicamente independiente); o

c) Prestación externalizada o subcontratada (cuando el servicio no es prestado por una autoridad pública, sino por proveedores externos).

a) La prestación directa de servicios de vivienda social. Corresponde a las autoridades locales (es decir, municipios, consejos municipales o de condado) la propiedad y, en ocasiones, la gestión de un parque de viviendas de alquiler social que se asignan a grupos necesitados. Sin embargo, como veremos en los puntos siguientes, en algunos casos ciertos servicios, especialmente la gestión de la vivienda y la construcción de nuevas viviendas, son realizados total o parcialmente por otros organismos públicos o privados sobre una base contractual (es decir, a través de la prestación interna y/o externalizada).

Aunque la provisión pública directa de vivienda social alcanzó su punto álgido en el periodo de posguerra en Europa, en las últimas décadas ha disminuido significativamente como parte de una tendencia general de retirada del Estado de la provisión directa de servicios. Por un lado, en muchos países de la UE-15 esto se produjo en forma de privatización del parque o de transferencia de la gestión y, a veces, de la propiedad y la nueva construcción de viviendas sociales de las autoridades públicas a sus propias empresas (provisión interna) o a proveedores externos. No obstante, los países en los que la provisión pública directa sigue siendo relativamente importante son Austria y el Reino Unido. En este último, las autoridades locales de Inglaterra proporcionan el 45 % del parque total de viviendas sociales del país. Sin embargo, cabe señalar que, la construcción de nuevas viviendas sociales por parte de las autoridades locales es limitada.

Por otro lado, sin embargo, la provisión directa por parte de los municipios es la forma de provisión de vivienda social más común en Europa Central y del Este.

Dentro de este grupo, la República Checa es un caso especial, con aproximadamente el 15 % de las viviendas municipales, mientras que la proporción de viviendas sociales públicas en otros países de ECO suele ser muy pequeña.

Las diferencias se explican en gran medida por los diversos antecedentes históricos del parque público o municipal de viviendas sociales de alquiler en los antiguos y los nuevos Estados miembros de la UE. En los primeros, el parque se construyó como parte de la responsabilidad municipal en materia de infraestructuras, vivienda y servicios sociales. En los nuevos Estados miembros de la UE, el parque se transfirió del Estado a los municipios tras la abolición del sistema socialista, y no se designó necesariamente como «vivienda social».

b) La prestación interna, es decir, a través de una empresa pública de vivienda puede encontrarse en la mayoría de los Estados miembros de la UE. En términos de proporción del parque de viviendas sociales gestionadas, esta modalidad es especialmente significativa en Italia, España, Portugal, Finlandia y Suecia (oscilando entre el 60% y casi el 100% del parque total de viviendas sociales del país) y también existe en Hungría, Polonia y Eslovenia.

En la mayoría de los casos, los promotores internos son empresas propiedad de las autoridades locales, cuya forma jurídica es privada (por ejemplo, sociedades de responsabilidad limitada, sociedades anónimas) o pública.

En el caso de Finlandia, Portugal y el Reino Unido, la explotación y la gestión de las viviendas se han transferido a empresas de propiedad municipal sobre una base contractual. En Finlandia, el propietario de los edificios de apartamentos municipales es, en la mayoría de los casos, una sociedad anónima, mientras que el accionista es el municipio. No obstante, la relación entre estas sociedades y las empresas operadoras es una relación interna.

En Italia, las viviendas públicas de alquiler (Edilizia Residenziale Pubblica o ERP) representan aproximadamente el 3,5% del parque total de viviendas del país. Se trata de aproximadamente 1 millón de viviendas de propiedad pública, de las cuales el 75% (aproximadamente 800.000) todavía son propiedad y están administradas por empresas públicas de vivienda controladas regionalmente, mientras que el resto son propiedad de los municipios.

En Portugal, la vivienda social es proporcionada exclusivamente por entidades públicas, siendo las «empresas de vivienda» municipales el proveedor más común. En la ciudad de Lisboa, la mayor área metropolitana de Portugal, GEBALIS es el proveedor municipal de viviendas.

En Austria, la mayor parte de la vivienda social la proporcionan actualmente sociedades limitadas de viviendas, pero también hay viviendas municipales, sobre todo en la capital. Wiener Wohnen es la empresa municipal de Viena, el mayor servicio municipal de gestión inmobiliaria de Europa, que gestiona los pisos comunales de la ciudad y los espacios e instalaciones públicos vinculados a ellos. Debido a su escala e importancia en la ciudad, el papel de Wiener Wohnen va más allá de la vivienda: la empresa también se dedica a capacitar a sus residentes y darles voz en los procesos de toma de decisiones en torno a la vivienda, especialmente en lo relacionado con la rehabilitación. Poseen y gestionan unos 220.000 apartamentos, que acogen a algo menos de medio millón de personas, aproximadamente una cuarta parte de la población de la ciudad. Además de los pisos municipales, Viena tiene otro sector de viviendas sin ánimo

de lucro, formado por pisos de alquiler subvencionado y cooperativas, que es casi tan grande como Wiener Wohnen.

Suecia tiene una larga historia de viviendas «públicas» financiadas por el Estado y proporcionadas por los municipios. No debe confundirse con la vivienda «social» que existe en muchos otros países. La vivienda «pública» sueca sigue una agenda universalista (Löfgren, 2013), lo que significa que está abierta a todos los hogares, independientemente de sus características (aunque en la práctica se dé prioridad a los que se encuentran en situaciones de crisis grave). Por este motivo, los suecos se refieren a su sector público de la vivienda como «allmännytt», que se traduce aproximadamente como «en beneficio de todos» (Grander, 2017). En la actualidad, las empresas públicas de vivienda representan casi el 20% del parque de viviendas de Suecia, es decir, la mitad del sector del alquiler.

Existen más de 300 empresas municipales, en prácticamente todos los municipios, que se gestionan como sociedades anónimas y, según la legislación, deben combinar su responsabilidad social con un enfoque empresarial. Esto significa que las empresas de vivienda no deben recibir ninguna ventaja especial que las beneficie económicamente en relación con sus competidores privados, y que las empresas deben actuar siempre en el mejor interés a largo plazo. Las empresas públicas de vivienda tienen la misión de ofrecer una buena vivienda de alquiler a todo el mundo, independientemente de sus ingresos, origen, edad o tipo de hogar.

En Europa Central y Oriental, cabe señalar que esta opción parece estar favorecida en los municipios más grandes (por ejemplo, en Hungría, Rumanía y la ciudad de Riga en Letonia), mientras que en los municipios más pequeños la norma es la provisión directa por parte de estos últimos.

c) La externalización de la prestación de servicios de vivienda social en los países europeos está muy extendida, aunque adopta formas muy diferentes en cada caso. En general, esta modalidad se puede encontrar en la mayoría de los países de Europa occidental, mientras que en la Europa del Este es muy raramente utilizada y de forma marginal.

Entre los proveedores externos, podemos distinguir a grandes rasgos dos situaciones, a saber, si el proveedor está «homologado» por una autoridad pública o no. Nos referiremos a cada una de estas situaciones con más detalle en los apartados siguientes.

c.1) Promotores externos «autorizados» por una autoridad pública.

Estos promotores están oficialmente reconocidos u «homologados» por una autoridad pública como proveedores de servicios de vivienda social. En virtud de este estatus, estas organizaciones pueden solicitar

fondos públicos para la provisión de viviendas sociales y, a cambio, están sujetas a una serie de normas. Los proveedores «autorizados» son, en su mayoría, organizaciones sin ánimo de lucro, y todos tienen que seguir una normativa específica vinculada a la encomienda de una misión concreta y al uso de fondos públicos.

Cabe señalar que, salvo contadas excepciones, los promotores autorizados suelen tener como principal objetivo o «razón de ser» la provisión de viviendas sociales, que en la mayoría de los casos está vinculada a un modelo de negocio (social) a largo plazo. Por lo tanto, puede decirse que sus actividades de vivienda social tienen un carácter más permanente que los promotores «genéricos» que solicitan financiación pública para la provisión de viviendas sociales sobre la base de regímenes de financiación específicos.

Además, si bien entre las fuentes de financiación de la oferta de vivienda social por parte de los promotores homologados figuran los fondos públicos, los primeros suelen incluir también otras fuentes de financiación, como los ingresos procedentes de actividades no relacionadas con la vivienda social (por ejemplo, el sector inmobiliario comercial), los mercados de capitales (por ejemplo, mediante la emisión de bonos), los préstamos bancarios (aunque se benefician indirectamente de garantías públicas), la venta de acciones, etc.

Los países donde se pueden encontrar promotores autorizados son: Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Irlanda, Polonia, Países Bajos y Reino Unido.

A continuación se ofrecen algunos ejemplos:

#### AUSTRIA

Se procede a la aprobación de los promotores por las provincias federales sobre la base de la Ley de Viviendas de Interés Limitado (que regula la misión de interés general, los beneficios limitados, la reinversión de los beneficios en viviendas, el área de negocio restringida, los alquileres limitados). La iniciativa de los proyectos de vivienda corresponde a los promotores de viviendas, que solicitan a las provincias federales ayuda financiera para un proyecto concreto. Los planes de promoción de la vivienda (Actos Jurídicos) definen el marco de la ayuda financiera, el tipo de vivienda y de promotores, los límites de alquiler y los límites de ingresos para inquilinos y propietarios. El «convenio de promoción» individual especifica las obligaciones para el proyecto de vivienda en cuestión.

La vivienda asequible (vivienda para todos y vivienda social) en Austria la proporcionan dos tipos principales de agentes. En primer lugar,



está el sector de las denominadas «Asociaciones de Viviendas con Fines Limitados» (LPHA), o Gemeinnützige Bauvereinigung, que representan el 17 % (40 % de las viviendas de alquiler) del parque de viviendas. Las LPHA están clasificadas oficialmente en la legislación austriaca como empresas privadas, que tienen consejos de administración independientes y cuyo objetivo principal es la construcción y gestión de viviendas asequibles. Las actividades de las LPHA están directamente orientadas a la realización del bien común en el ámbito de la vivienda y los asuntos residenciales. En segundo lugar, está el sector más pequeño de la vivienda «municipal», o Gemeindewohnung, que representa el 7 % del parque de viviendas. Las viviendas municipales se limitan principalmente a la ciudad de Viena. Aunque las viviendas municipales no operan dentro del mismo marco jurídico que el sector LPHA, su misión general, proporcionar viviendas asequibles, es la misma.<sup>(2)</sup>

#### DINAMARCA<sup>(3)</sup>

Alrededor de 700 asociaciones de vivienda sin ánimo de lucro del país se encargan de desarrollar y gestionar viviendas asequibles. Supervisan el funcionamiento diario de estas viviendas, las asignan a los residentes e inician nuevas promociones, todo lo cual requiere la aprobación del gobierno local.

Los municipios desempeñan un papel importante en el apoyo a estas asociaciones de viviendas aportando capital, garantías y subvenciones. También aprueban los planes de alquiler, administran las ayudas al alquiler y supervisan la producción y el mantenimiento de los proyectos de vivienda. Además, los municipios son cruciales a la hora de supervisar y regular las asociaciones de vivienda, aplicar las directrices nacionales a través de planes municipales, determinar las características específicas de las nuevas promociones de viviendas sin ánimo de lucro y asignar una cuarta parte de las viviendas sin ánimo de lucro vacantes a los hogares con necesidades urgentes, asignando el resto a través de listas de espera.

Las asociaciones de vivienda social deben recibir la aprobación municipal y operar con arreglo a la Ley de Vivienda Social, que define su misión, beneficiarios, alquileres y estatus no lucrativo. Aunque las asociaciones proponen nuevos proyectos, necesitan el permiso municipal y apoyo financiero para seguir adelante. Los municipios ejercen un control sobre estas

---

(2) Información facilitada por GBV.

(3) Información facilitada por BL.

asociaciones aceptando o rechazando nuevos proyectos y estableciendo condiciones para los tipos de viviendas construidas.

Para garantizar la rendición de cuentas y una supervisión adecuada, las asociaciones de viviendas deben presentar un informe anual sobre sus operaciones al consejo municipal, que se revisa durante las reuniones anuales de diálogo (Styringdialogmøder). Los municipios tienen autoridad para intervenir si una asociación de viviendas no funciona correctamente y deben supervisar el cumplimiento de las normas de construcción y mantenimiento durante la fase de desarrollo.

#### FINLANDIA<sup>(4)</sup>

En Finlandia, la vivienda social puede ser proporcionada por dos modalidades diferentes de entidades jurídicas. Sin embargo, el tipo de promotor más común con diferencia (75-80 % del parque de viviendas sociales) son las denominadas Empresas Municipales de Vivienda (EMV). Se trata de entidades públicas independientes encargadas de la provisión y gestión de viviendas sociales en un municipio determinado. Al estar situadas fuera de las autoridades municipales, las MHC no están sujetas en la misma medida a las prácticas del sector público en Finlandia –como las prácticas en materia de contratación– y, por lo tanto, pueden crear más fácilmente silos de conocimientos especializados en materia de vivienda, ser pioneras en nuevos métodos de suministro de viviendas y, en general, comportarse de una manera más «empresarial» que el sector público principal.

El otro tipo principal de promotor social son las sociedades limitadas de viviendas, que en la práctica se constituyen como fundaciones benéficas. El único objetivo de estas fundaciones de vivienda social es proporcionar viviendas a grupos específicos, como las personas sin hogar (Housing First), los estudiantes o los ancianos. Así pues, las fundaciones desempeñan un papel complementario al de las MHC, mucho más grandes y «generalistas».

En cuanto a la «supervisión» del sector de la vivienda social en Finlandia, es responsabilidad de Ara, la agencia estatal finlandesa de la vivienda. Ara también realiza comprobaciones periódicas sobre los niveles de alquiler, es decir, para asegurarse de que no violan el principio de recuperación de costes. Los proveedores de viviendas sociales también deben informar de sus finanzas, gobernanza y otras cuestiones a Ara al menos una vez al año. En caso de incumplimiento, Ara da primero una orden para rectificar

---

(4) Información facilitada por Kova.

el comportamiento. Como último recurso, Ara puede rescindir los préstamos que haya concedido a una empresa de vivienda social.

#### FRANCIA<sup>(5)</sup>

El parque de viviendas sociales de Francia, conocido como HLM (Habitations à loyer modéré), es el mayor de la Unión Europea, con 5,58 millones de viviendas. La autorización de los proveedores de viviendas sociales (HLM) se concede en virtud del Código de la Construcción y la Vivienda. Este marco define la designación del proveedor, su misión, los beneficiarios, las normas de acceso a la financiación, las relaciones con los inquilinos, los niveles de alquiler, los precios de venta, el control del cumplimiento y la competencia territorial.

Las viviendas HLM se desarrollan con ayudas estatales y se rigen por una normativa estricta en materia de construcción, gestión, adjudicación y control de alquileres. El acceso a estas viviendas está regulado por límites máximos de ingresos. Desde 1979, este sistema se basa en acuerdos entre los arrendadores sociales (entidades responsables de la construcción y gestión de las viviendas) y el Estado.

Las viviendas de alquiler social se definen en el artículo L. 302-5 del Código francés de la Construcción y la Vivienda e incluyen:

- Inmuebles de alquiler propiedad de organizaciones de vivienda para personas con bajos ingresos.
- Viviendas subvencionadas sujetas a la comprobación de recursos económicos.
- Viviendas de empresas semipúblicas específicas.
- Viviendas en instalaciones para poblaciones vulnerables, como ancianos, discapacitados, jóvenes trabajadores, trabajadores migrantes y residencias sociales.
- Alojamiento temporal y centros de reinserción social.
- Centros de acogida para solicitantes de asilo.
- Residencias y centros de atención para personas con discapacidad.
- Lugares de parada para «gens du voyage» (gitanos franceses/grupos seminómadas).

---

(5) MINISTERIO FRANCÉS DE TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y COHESIÓN TERRITORIAL (2020). Logement social (HLM): définition, catégories, financement, attribution, acteurs. [Logement social (HLM): définition, catégories, financement, attribution, acteurs.].



– Viviendas del sector privado en régimen de intermediación de alquiler para personas que reúnan los requisitos necesarios a precios de alquiler asequibles.

Los organismos de vivienda social (*organismes de logement social* -OLS) pueden dividirse en las siguientes categorías<sup>(6)</sup>:

- Los organismos de vivienda social (*organismes d'habitations à loyer modéré* - HLM) se rigen por las disposiciones del Libro IV del Código de la Construcción y la Vivienda (CCH);
- 190 Oficinas Públicas de Vivienda; (*Offices Publics de l'Habitat* - OPH);
- 165 Sociedades Limitadas de Viviendas Sociales; (*Sociétés Anonymes d'HLM* - SA HLM/ESH);
- 41 Sociedades Anónimas Cooperativas de Vivienda Social (*Sociétés Anonymes Coopératives d'HLM* - COOP' HLM);
- Sociedades de Coordinación (*Sociétés de Coordination* - SC);
- Sociedades de Venta (*Sociétés de Vente* - SV).
- Sociedades de Economía Mixta (SEM) regidas por los artículos L. 481-1 y siguientes del CCH;
- Organismos autorizados que ejercen actividades de gestión de proyectos de vivienda social (OMOI) mencionados en el 1° del artículo L. 365-1 del CCH.

Los OLSs (a excepción de los OMOIs) deben presentar anualmente un conjunto de datos contables en la aplicación Harmonia<sup>(7)</sup>. Estos datos son verificados y validados por la Dirección de Vivienda, Urbanismo y Paisaje (DHUP) y luego analizados mediante un sistema de información específico.

El parque de viviendas sociales, incluidas las viviendas vacías, comprende unos 5,7 millones de viviendas ordinarias (de las cuales 5,4 millones están ocupadas). El 83 % de estas viviendas son propiedad de asociaciones de viviendas (OPH, ESH o COOP'HLM). El 17% restante es propiedad de EPL (viviendas con o sin convenio), del Estado, de colectividades locales y organismos públicos, y de otros operadores autorizados (MOI). El parque de viviendas Hlm, compuesto por 4,8 millones de

(6) MINISTERIO FRANCÉS ENCARGADO DE LA VIVIENDA (2023). Les organismes de logement social – Chiffresclés 2021. [Les organismes de logement social – Chiffresclés 2021.] <https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/documents/Les-organismes-de-logement-social-chiffres-cles-2021.pdf>.

(7) HARMONIA es una herramienta informática segura que permite la recogida desmaterializada tanto de las declaraciones reglamentarias de los organismos de vivienda social (OLS) por parte del Ministerio encargado de la Vivienda, como de los cuestionarios que permiten establecer los expedientes de situación individual de los OLS por parte de las federaciones profesionales de la vivienda social.

viviendas ordinarias (de las cuales 4,5 millones están ocupadas), proporciona alojamiento a unos 10,2 millones de personas (el 15 % de los hogares). A este parque de viviendas ordinarias hay que añadir unas 370.000 viviendas residenciales<sup>(8)</sup>.

#### PAÍSES BAJOS<sup>(9)</sup>

Las organizaciones holandesas de vivienda social operan como «Instituciones Registradas». Esto significa que están sujetas a las normas definidas en el Reglamento del Sector del Alquiler Social (BBSH). Sus actividades son controladas y supervisadas por el Ministerio de Vivienda, Barrios e Integración. Las organizaciones de vivienda social están obligadas a operar exclusivamente en interés de la vivienda social, pero tienen algunos poderes discrecionales en cuanto a la forma en que prestan los servicios.

Las asociaciones neerlandesas de la vivienda están obligadas a desarrollar «acuerdos de rendimiento» tripartitos a nivel local. Además, Aedes, como federación nacional que representa a las asociaciones de la vivienda, también ha acordado un acuerdo nacional de resultados con el Gobierno neerlandés, la federación nacional de municipios y el sindicato nacional de inquilinos. Este acuerdo establece objetivos claros en cuanto a niveles de alquiler, nuevas construcciones, renovaciones de edificios e inversiones en la habitabilidad de los barrios.

Los proveedores holandeses de viviendas sociales están sometidos a una fuerte supervisión, principalmente por parte de la Autoriteit woningcorporaties (Autoridad de Asociaciones de Viviendas), a la que comúnmente se denomina simplemente Aw<sup>(10)</sup>. La Aw es una agencia gubernamental independiente, que depende en última instancia del Ministerio de Infraestructuras. La Aw se encarga de velar por que las asociaciones de la vivienda se atengan a su misión principal, que Aedes define como «garantizar que las personas con bajos ingresos puedan vivir bien y de forma asequible». También supervisa el comportamiento y la gobernanza interna de las asociaciones de vivienda y su gestión financiera. La Aw puede imponer sanciones a las asociaciones de la vivienda, como multas o el nombramiento de un «supervisor». También informa sobre la situación financiera del sector en su conjunto, y ayuda a detectar posibles problemas con antelación.

(8) L'UNION SOCIALE POUR L'HABITAT (2023). *Les Hlm en chiffres – Edition 2023. [Social housing in figures – 2023 Edition]*, p. 1.

(9) Información facilitada por AEDES.

(10) Véase: <https://www.ilent.nl/onderwerpen/themas/autoriteit-woningcorporaties>.

**c.2) Todo promotor de viviendas que se acoja a regímenes específicos de financiación pública** para la provisión de viviendas sociales.

Los proveedores de vivienda «genéricos» son cualquier empresa de vivienda (con o sin ánimo de lucro) que responda a una licitación pública o presente una propuesta de financiación por iniciativa propia para obtener financiación pública para la provisión de viviendas sociales. A diferencia de los proveedores «autorizados», en estos casos el régimen de financiación específico determina las condiciones y obligaciones que debe cumplir el proveedor. Además, dada la duración limitada de estos regímenes, el carácter «social» de la actividad también está limitado en el tiempo, lo que difiere del carácter más permanente/continuo de la misión y las actividades de los proveedores autorizados.

Esta modalidad es típica en Alemania y también puede encontrarse en Italia, Portugal, Eslovenia y España, pero con una presencia relativamente limitada.

EL CASO DE ALEMANIA

La intervención pública en la política de vivienda en Alemania no está vinculada a organizaciones reguladas específicas, sino que implica subvenciones públicas (principalmente en forma de préstamos en condiciones favorables) a todo tipo de promotores de vivienda a cambio del uso de una vivienda para fines sociales de forma temporal. Esto se conoce informalmente como periodo de «lock-in».

En consecuencia, entre los promotores de viviendas de protección oficial figuran empresas municipales de vivienda y cooperativas, pero también propietarios privados, promotores comerciales e inversores con diversos accionistas. Desde un punto de vista jurídico, todos los proveedores de vivienda se consideran agentes del mercado.

Además, a diferencia de la mayoría de los demás países europeos, la vivienda social en Alemania se basa en obligaciones temporales en cuanto a niveles de alquiler y beneficiarios, que expiran al final del periodo de amortización del préstamo público (normalmente de 20 a 40 años para las viviendas nuevas construidas con subvenciones públicas, y de 12 a 20 años para las viviendas renovadas). Después, la vivienda puede alquilarse o venderse a precios de mercado; en la práctica, sin embargo, las empresas de propiedad municipal suelen seguir explotando las unidades con alquileres asequibles.

El volumen total del parque de viviendas que se considera oficialmente como vivienda social (es decir, las viviendas que aún se encuentran en el

periodo de «bloqueo» cuando se aplican las obligaciones) ha ido disminuyendo en las dos últimas décadas, pasando de 2.570.000 en 2002 a aproximadamente 1.180.000 en 2018.

Además, hay que señalar que existe un tercer grupo de proveedores externos de viviendas sociales, a saber, los que realizan esta actividad por iniciativa propia y recurriendo a sus propios fondos (privados). Se trata, en algunos casos, de ONGs, fundaciones o cooperativas.

En general, podemos afirmar que la relación entre las autoridades públicas y los promotores externos de servicios de vivienda social está fuertemente determinada por el hecho de que el proveedor esté «homologado» (es decir, registrado o reconocido oficialmente como tal por la autoridad pública) o sea «genérico» (es decir, cualquier proveedor de vivienda que solicite programas de financiación pública).

En el caso de los promotores «autorizados», éstos están sujetos a normativas específicas vinculadas a su reconocimiento oficial como proveedores de vivienda social por parte de una autoridad pública, que también establece lo siguiente: condiciones para la forma en que los proveedores llevan a cabo su actividad (en la mayoría de los casos, algún tipo de sistema sin ánimo de lucro o con ánimo de lucro limitado, además de algún tipo de apropiación de activos y la obligación de reinvertir los ingresos en actividades relacionadas con la vivienda); limitaciones a sus actividades empresariales (por ejemplo, restricciones relativas a la provisión de bienes inmuebles comerciales); y normas que rigen la fijación de alquileres. Algunas normativas también se refieren a los modos de financiación (por ejemplo, en Francia). Los marcos reglamentarios también establecen procedimientos específicos de auditoría y supervisión. Como se ha señalado en el punto anterior, este sistema de «promotores autorizados» también puede interpretarse como un «modelo de negocio social» en el que la lógica de las entidades empresariales está orientada a las necesidades y no puramente al beneficio.

En el caso de los proveedores de vivienda «genéricos» que solicitan regímenes de financiación pública para la prestación de servicios de vivienda social, se concede una compensación financiera por la prestación de servicios a organismos definidos. La relación entre la autoridad pública y el proveedor se establece a través de un acuerdo de financiación, en el que los proveedores solicitan ayuda pública a la autoridad pública y, si tienen éxito, reciben un acto de encomienda junto con la financiación. En la mayoría de los casos, este acto de atribución está relacionado con un proyecto de vivienda específico que debe ser desarrollado y alquilado/vendido por el solicitante en condiciones específicas, como el alquiler basado en el coste durante un periodo limitado o

la asignación a grupos específicos. Estos sistemas de financiación tienen un carácter menos «permanente» que el modelo de empresa social, ya que requieren fondos públicos que no están disponibles de forma permanente al depender relativamente más de limitaciones financieras o decisiones políticas. Otra diferencia con los proveedores autorizados es el hecho de que el carácter social (alquileres no de mercado, asignación no de mercado) de las viviendas «solo financiadas» solo dura un periodo limitado.

## 2. MODELOS COMPARADOS DE TENENCIA DE VIVIENDA

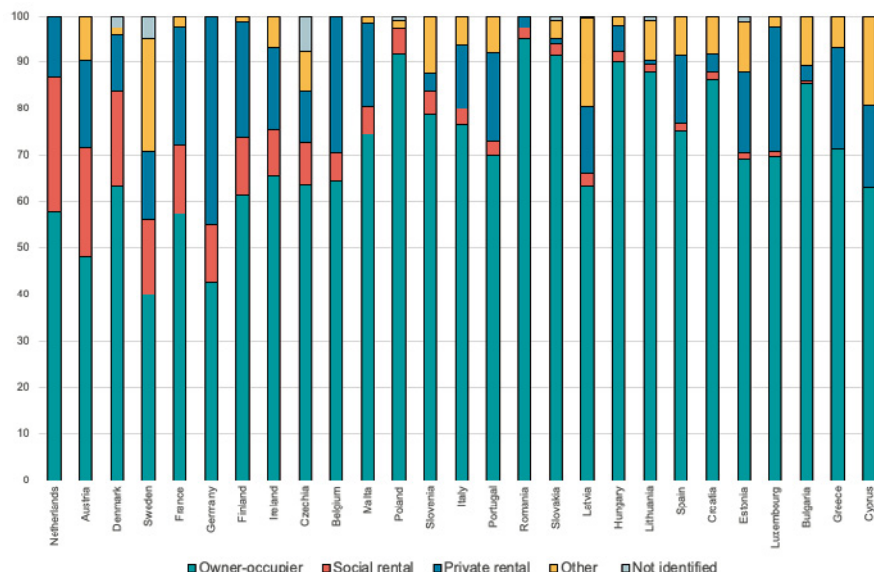
La organización de Cooperación y Desarrollo Económico OCDE<sup>(11)</sup> pone de relieve las diferencias en la distribución de la renta en función de la tenencia de la vivienda (básicamente, en la mayoría de los casos, los hogares con rentas bajas tienden a alquilar, pero en los países con una abrumadora mayoría de viviendas en propiedad, como los de Europa Central y Oriental, hay muchos propietarios con rentas bajas).

Una característica ampliamente compartida de los mercados de la vivienda en la Unión Europea es la elevada proporción de viviendas en propiedad en la mayoría de los Estados miembros (gráfico 1). Según los datos disponibles más recientes, hoy en día la propiedad de la vivienda oscila entre más del 90 % en algunos países de Europa Central y Oriental, como Polonia, Rumanía, Hungría y Eslovaquia, y alrededor del 40 % en Alemania, el único país de la Unión Europea donde el sector del alquiler es mayor que el de la vivienda en propiedad. Los niveles de propiedad de la vivienda también son especialmente altos en países del sur de Europa como España, Malta, Chipre, Italia y Grecia, así como en Irlanda<sup>(12)</sup>.

---

(11) OECD Base de datos sobre vivienda asequible - <http://oe.cd/ahd> OCDE – División de Política Social – Dirección de Empleo, Trabajo y Asuntos Sociales. Tenencia de la vivienda. <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/data/datasets/affordable-housing-database/hm1-3-housing-tenures.pdf>.

(12) Adaptado de CECODHAS Housing Europe (2012). Housing Europe Review: The nuts and bolts of European social housingsystems. p. 10. <https://www.housingeurope.eu/resource-105/the-housing-europe-review-2012>.

**Gráfico 1. Composición de la tenencia de la vivienda en los Estados miembros de la UE en 2021/22 (en %)**

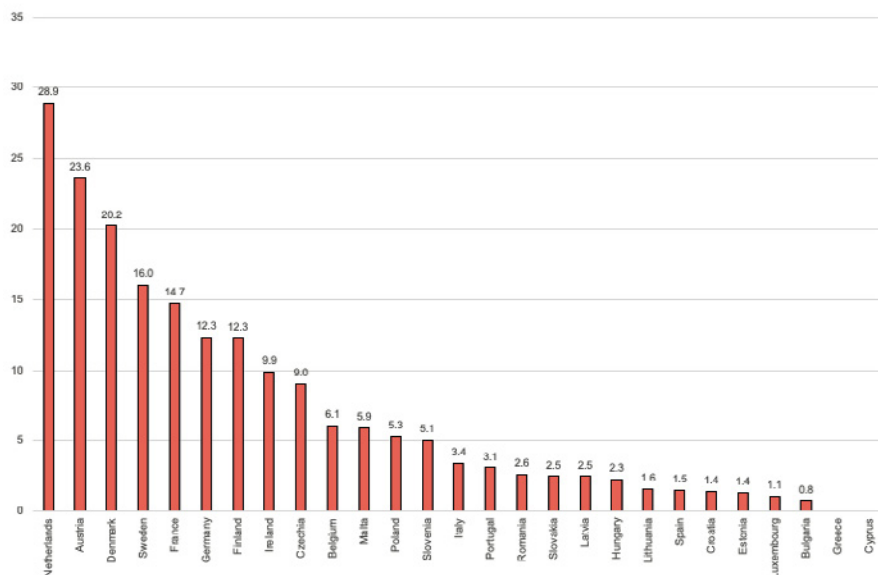
**Fuente:** Estimaciones de Housing Europe, basadas en los organismos nacionales de estadística y las oficinas de censos, y en la base de datos de vivienda asequible de la OCDE.

El sector del alquiler en general varía significativamente en tamaño y es particularmente pequeño en Polonia, Europa del Este, así como en algunos países del sur de Europa, como España, Grecia e Italia. Dentro del sector del alquiler, la importancia relativa del alquiler privado frente al social varía sustancialmente. En unos pocos países, las viviendas de alquiler social representan más del 50 % del mercado del alquiler (Países Bajos, Austria, Dinamarca, así como en los países de Europa del Este que no tienen un sector del alquiler bien desarrollado), mientras que en otros representan un sector más bien marginal dentro del mercado de la vivienda.

Además, en algunos países, las cooperativas desempeñan un papel destacado en el suministro de viviendas asequibles. En cuanto a la recopilación de estadísticas, existe una gran variación entre países en cuanto a la definición de las cooperativas. Mientras que en algunos países las cifras sobre cooperativas se incluyen como parte del sector de la vivienda en propiedad, en otros se consideran parte del sector de la vivienda social, y en un tercer grupo de países existe incluso una categoría separada de «cooperativa». Por lo tanto, como el gráfico 1 anterior se basa en clasificaciones oficiales de diferentes tenencias, en algunos países la vivienda

cooperativa no se presenta como una tenencia distinta, aunque las cooperativas de vivienda estén activas en el país (por ejemplo, en Austria, Alemania, Hungría, Italia, España, Irlanda y Portugal) <sup>(13)</sup>.

**Gráfico 2. Proporción de viviendas de alquiler social en los Estados miembros de la UE en 2021/22 (en %)**



**Fuente:** Estimaciones de Housing Europe, basadas en los organismos nacionales de estadística y las oficinas de censos, y en la base de datos de vivienda asequible de la OCDE.

A pesar de las diferencias significativas en la proporción de viviendas de alquiler social entre los países de la UE, una tendencia general es la concentración de altas proporciones de viviendas de alquiler social en unos pocos países, mientras que la mayoría tienen proporciones relativamente bajas. Este patrón refleja una evolución socioeconómica y política más amplia. Países como los Países Bajos, Austria y Dinamarca lideran con los porcentajes más altos de viviendas de alquiler social, beneficiándose de políticas de larga duración que apoyan la provisión de viviendas sociales. En cambio, muchos otros Estados miembros de la UE tienen porcentajes mucho más bajos, lo que

(13) *Idem*. OBSERVATORIO DE VIVIENDA Y SUELO. Boletín anual 2023. Ministerio de vivienda y agenda urbana. p. 56. <https://publicaciones.transportes.gob.es/observatorio-de-vivienda-y-suelo-boletin-anual-2023>.

indica distintos niveles de apoyo político y estructuras del mercado de la vivienda. Esta disparidad se debe en parte a políticas de vivienda históricas y contemporáneas, como la venta de viviendas sociales y los incentivos a la propiedad de la vivienda, que reducen el parque de viviendas de alquiler social disponibles. Además, factores demográficos como el envejecimiento de la población y las condiciones económicas, incluidos los distintos niveles de inversión pública en vivienda, desempeñan un papel crucial. Los países con mayor proporción de viviendas de alquiler social, como los Países Bajos y Dinamarca, también suelen tener mayores niveles de deuda de los hogares en relación con el PIB, lo que refleja la interacción entre las políticas de vivienda y los mercados financieros.

### 3. MODELOS COMPARADOS DE INTERVENCIÓN EN EL MERCADO DE LA VIVIENDA

#### 3.1 Los diferentes sistemas de financiación<sup>(14)</sup>

En todos los países que cuentan con un parque de viviendas sociales, al menos una parte de los costes derivados de la construcción de nuevas viviendas sociales se sufraga con fondos públicos. Sin embargo, la escala y los tipos de ayuda pública varían de un país a otro –a menudo con una combinación, por ejemplo, de subvenciones y préstamos–, lo que hace muy difícil el ejercicio de comparar las ayudas públicas de un país a otro.

La legislación sobre la vivienda distingue a grandes rasgos entre las intervenciones por el lado de la oferta y por el lado de la demanda o, lo que a veces también se denomina, subvenciones de objeto y de sujeto. Históricamente, la escasez de vivienda a la que se enfrentaron muchos países europeos tras la Primera y la Segunda Guerra Mundial se ha abordado mediante grandes programas de inversión gubernamental en la construcción de nuevas viviendas. Los subsidios a la construcción se consideraron la forma más eficaz para resolver este problema. En muchos casos, esto se consiguió mediante la construcción de viviendas públicas o sociales. Como resultado, se alivió la escasez de vivienda más grave y se mejoró el nivel de la misma. A pesar de la diversidad de los sistemas de vivienda europeos y de varias excepciones a este respecto,

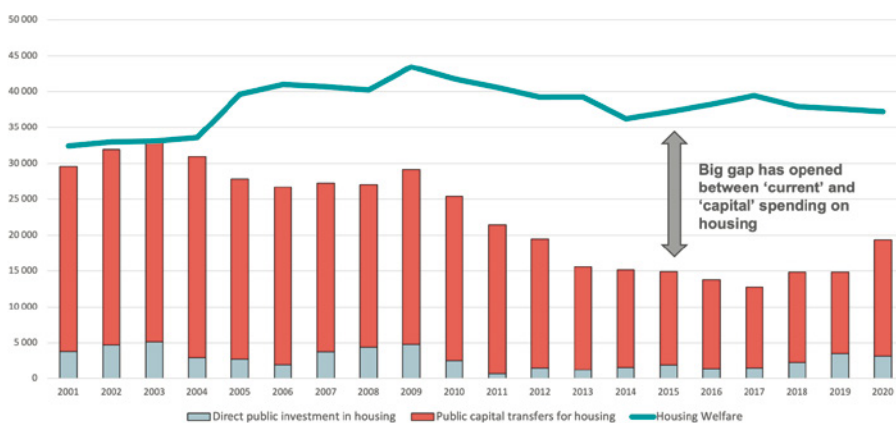
---

(14) Para más información, véase UNECE & Housing Europe (2021). Vivienda 2030 - Políticas eficaces para una vivienda asequible en la región de la UNECE. Capítulo 2 [https://unece.org/sites/default/files/2021-10/Housing2030%20study\\_E\\_web.pdf](https://unece.org/sites/default/files/2021-10/Housing2030%20study_E_web.pdf).



en las últimas décadas se ha producido en muchos países europeos un cambio notable de las subvenciones a la oferta a las subvenciones a la demanda, y muchos de ellos gastan ahora más en ayudas a la vivienda que en subvenciones a la oferta o en la construcción de nuevas viviendas. Una de las principales razones de este cambio es, por supuesto, la disminución de la inversión pública en la construcción de nuevas viviendas.

**Gráfico 3. Gasto público en vivienda en la UE-27 (en precios de 2015)**



**Fuente:** Estimaciones de Housing Europe, basadas en Eurostat (COFOG).

Las subvenciones a fondo perdido se utilizan cada vez menos como forma de financiar la vivienda social, especialmente tras las medidas de austeridad y el ajuste de los presupuestos públicos después de la crisis financiera y económica mundial. Garantizar la disponibilidad de préstamos a tipos de interés bajos mediante préstamos concedidos directamente por las autoridades públicas (por ejemplo, en Austria) o mediante la bonificación del tipo de interés (por ejemplo, en Francia, Finlandia y Alemania) es la forma más habitual que tienen las autoridades públicas de apoyar la provisión de vivienda social. El nivel de descuento así como la duración del periodo de subvención pueden variar significativamente dentro de un mismo país, debido al proceso de descentralización de las políticas de vivienda con un papel destacado de las provincias federales y lander respectivamente.

Austria, por ejemplo, tiene un sistema descentralizado en el que las provincias federales tienen la mayor responsabilidad y libertad a la hora de elegir cuánto apoyar la provisión de vivienda social, pero no

obstante se puede ver un patrón en todo el país y establecer una comparación significativa. Por el contrario, Finlandia, a través del Fondo Nacional de Vivienda ARA, así como Francia, a través del sistema Livret A, tienen un enfoque más centralizado de la financiación de la vivienda social, aunque las autoridades locales siguen desempeñando un papel importante. Curiosamente, el Banco Europeo de Inversiones está desempeñando un papel cada vez más importante como inversor en proyectos de vivienda social, a menudo facilitado por los gestores nacionales.

Otra forma de apoyo público cada vez más utilizada es la provisión de garantías por parte del Estado o las autoridades locales sobre los préstamos contraídos en el mercado privado: este es el caso de los Países Bajos (aunque la intervención pública es básicamente solo una «red de seguridad» de reserva en un sistema que implica otros mecanismos de garantía financiados por los propios proveedores de vivienda social), en Finlandia a través del Fondo de Vivienda ARA, y también en algunos Lander alemanes. Dado que los proveedores de vivienda social tienen que recurrir cada vez más al endeudamiento privado para financiar sus actividades, se puede prever que las garantías públicas se utilizarán cada vez más como forma de asegurar que los proveedores puedan acceder a mejores condiciones en el mercado.

También es importante mencionar que muchos proveedores de viviendas utilizan sus propios recursos y excedentes, como palanca para obtener financiación adicional en los mercados de capitales, pero también como fuente de financiación directa. Algunos proveedores de vivienda social desarrollan al mismo tiempo actividades comerciales, por lo que utilizan los fondos generados por las ventas privadas para subvencionar de forma cruzada la construcción de viviendas sociales y asequibles.

Otra fuente de financiación que desempeña un papel en algunos países es la aportación de capital propio de los inquilinos, que suele pagarse al principio del arrendamiento (por ejemplo, en Dinamarca y Austria).

Igual de importante que la financiación de capital para la construcción de nuevas viviendas es la financiación de ingresos, que procede principalmente del pago de alquileres por parte de los inquilinos. Por ello, el apoyo financiero a los inquilinos, como las ayudas a la vivienda, no solo es una ayuda importante para los hogares que se enfrentan a dificultades, sino también para que los promotores de viviendas garanticen el mantenimiento de sus flujos de ingresos.

**Tabla 1. Herramientas de inversión y financiación para promover una vivienda asequible e inclusiva**

| Tool                                                                     | Definition                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|--------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Regulating financial institutions</b>                                 | Governments can shape more effective investment in housing to promote affordability, and access and channel investment towards sustainable and productive activities. This can also reduce credit bubbles in house prices, economic instability and inequality.                                                                                                                                           |
| <b>Non-profit provision of social and affordable Housing</b>             | In non-profit affordable housing models, when surpluses are made after finance and operating costs, they are re-invested in additional housing provision, rather than extracted by shareholders. This growth model can also be efficient and productive, especially when public equity and long-term cost finance reduces cost rents and revolving funds are safeguarded and purposefully reinvested.     |
| <b>Rent subsidies</b>                                                    | These are government assistance for households to meet their housing costs. They are designed to target needs or location and can be indexed or rationed.                                                                                                                                                                                                                                                 |
| <b>Rent setting, indexing and regulation</b>                             | They pertain to regulation of determination of housing rents for new tenancies, and how they are increased over time. These arrangements may differ for private and social housing tenants, or for low income and higher income tenants, or be applied equally to all tenants.                                                                                                                            |
| <b>Microfinance for self-building and modernising housing</b>            | Small, non-mortgage-backed microfinance loans offered in succession can enable very low-income households build, renovate, or improve their homes.                                                                                                                                                                                                                                                        |
| <b>Circuits of household savings schemes</b>                             | In many countries, household savings are used to generate a dedicated flow of low-cost finance for affordable housing programmes. They may be used to fund mortgages for home buyers for instance, or the construction and refurbishment of social housing.                                                                                                                                               |
| <b>Public loans, grants, and purposeful public investment in housing</b> | Government investment such as grants, equity shares and loans, and operating subsidies for housing providers, are important supports for affordable housing provision. Grants reduce the need for debt finance, and low-cost long-term government loans reduce and spread costs over time. Used strategically, public investment can efficiently fulfil many economic, environmental and social policies. |

**Fuente:** UNECE & Housing Europe, (2021). Housing 2030 –Políticas eficaces de vivienda asequible en la región de laUNECE p. 72.. [https://unece.org/sites/default/files/2021-10/Housing2030%20study\\_E\\_web.pdf](https://unece.org/sites/default/files/2021-10/Housing2030%20study_E_web.pdf).

### 3.2 Medidas fiscales (reducción/rebaja del impuesto sobre la renta, IVA, etc.)<sup>(15)</sup>

Se trata de un tema muy amplio, ya que la fiscalidad de la vivienda se utiliza para apoyar indirectamente diferentes tipos de tenencias y

(15) Para una muy buena revisión de las medidas fiscales, véase UNECE & Housing Europe, (2021). Housing 2030 – Effective policies for affordable housing in the UNECE region. p. 91-95. [https://unece.org/sites/default/files/2021-10/Housing2030%20study\\_E\\_web.pdf](https://unece.org/sites/default/files/2021-10/Housing2030%20study_E_web.pdf).

proveedores. La modalidad de medida fiscal más extendida es probablemente la de las deducciones fiscales para los titulares de hipotecas, que suele dirigirse a los propietarios individuales.

Sin embargo, también existen incentivos fiscales que se aplican específicamente a los proveedores de viviendas sociales en la mayoría de los países. Pueden incluir diversos privilegios fiscales, como un tipo reducido del IVA, la reducción o exención del impuesto sobre bienes inmuebles y del impuesto sobre la renta o de sociedades.

### **3.3 Construcción/creación de stock inmobiliario público. Planificación/uso del suelo (autoridades locales)**

Otra forma importante de apoyar la vivienda social es que las autoridades públicas (locales) proporcionen terrenos a precios rebajados. La disponibilidad de suelo barato puede suponer una enorme diferencia en el coste total de una operación.

Un ejemplo interesante es el Fondo de Adquisición de Suelo y Renovación Urbana de Viena, conocido como WohnfondsWien. WohnfondsWien compra y libera terrenos en el mercado abierto para su desarrollo de acuerdo con los objetivos del plan estratégico metropolitano de Viena. Este plan, que se actualiza periódicamente, tiene por objeto garantizar la satisfacción de las necesidades cambiantes de la ciudad en materia de vivienda e infraestructuras, como la construcción de viviendas dignas y asequibles para los trabajadores clave. El acceso al banco de suelo de WohnfondsWien está abierto a todo tipo de empresas constructoras, tanto con ánimo de lucro como sin él, que participen en concursos abiertos únicos.

WohnfondsWien gestiona ahora un banco de suelo de interés público activo y de gran éxito. En 2018, había acumulado 3.256.059 m<sup>2</sup> de suelo, promoviendo estratégicamente la construcción y renovación asequibles en toda la ciudad. WohnfondsWien dirige los resultados del desarrollo a través de dos instrumentos clave: subsidios condicionales para el desarrollo de viviendas y un proceso de diseño competitivo que involucra a jurados ciudadanos. También organiza concursos de promotores para grandes promociones de suelo (de más de 500 viviendas), independientemente de que hayan recibido subvenciones públicas, con el fin de garantizar que cumplen los objetivos estratégicos de planificación.

En la mayoría de los casos, las viviendas asequibles se subvencionan en parte mediante préstamos públicos a bajo interés. Estos préstamos favorables se conceden a condición de que las viviendas producidas se alquilen por debajo de un determinado límite máximo de alquiler. Para garantizar que la reducción de los costes de financiación se traduzca en

una reducción de los alquileres, los beneficiarios deben actuar de acuerdo con los principios de la vivienda de alquiler a precio de coste. Estos principios están claramente definidos en la Ley de Viviendas de Protección Oficial de Austria.

Además de la provisión directa de suelo al proveedor de vivienda social, en algunos países las autoridades locales pueden hacer uso del sistema de planificación para implicar a promotores privados. Básicamente, esto significa que, para obtener el permiso de construcción, los promotores privados se comprometen a vender parte de las viviendas a los proveedores de vivienda social a un precio reducido una vez finalizado el proyecto.

Un ejemplo de este tipo de práctica es la regulación de la «Parte V» en Irlanda, que hace referencia a la Parte V de la Ley de Planificación y Desarrollo de 2000, que establece directrices específicas relativas a la vivienda asequible. Exigía que todos los nuevos desarrollos privados de cuatro casas o más reservaran el 20 % de las viviendas para viviendas sociales y asequibles. Se esperaba que esta estrategia resolviera los problemas de asequibilidad y segregación espacial.

A los constructores y promotores les preocupaba que la Parte V hiciera el proceso de planificación más «burocrático y engorroso», y sus consiguientes esfuerzos de presión tuvieron éxito. Se hicieron enmiendas que introdujeron nuevas disposiciones que permitían proporcionar viviendas o emplazamientos en lugares alternativos o compensaciones en metálico directamente a las autoridades locales.

El resultado fue tal que, entre 2002 y 2011, de las 559.097 viviendas terminadas (incluidas las «puntuales»), solo se construyeron 15.114 viviendas sociales o asequibles, es decir, el 2,7 % de la producción total, y muchas de ellas en zonas inadecuadas.

En 2015, la Ley de Regeneración Urbana y Vivienda de 2015 introdujo modificaciones en la Parte V. En la actualidad, las obligaciones de la Parte V surgen cuando se presenta una solicitud de licencia urbanística para una promoción de nueve o más viviendas o cuando la promoción ocupa más de 0,1 hectáreas de terreno. La autoridad local tiene la facultad discrecional de decidir qué porcentaje de una promoción debe reservarse para viviendas sociales, pero esto está sujeto a un límite del 10 % de la promoción. Ahora es obligatorio firmar un acuerdo de la Parte V antes de presentar una notificación de inicio.

La Ley de 2015 reduce el número de opciones alternativas que pueden estar disponibles con el fin de cumplir con la Parte V. Los desarrolladores ya no están autorizados a cumplir con sus obligaciones de la Parte V a través de un pago financiero, poniendo a disposición sitios con servicios en el desarrollo o mediante la transferencia de suelo no urbanizable fuera de la zona de aplicación.



### 3.4 Medidas de intervención en materia de precios

La mayoría de los países de la región de la UNECE aplican algún tipo de control legislativo o reglamentario sobre el sector del alquiler. Sin embargo, el alcance puede variar drásticamente de un país a otro, o a lo largo del tiempo en el mismo país. Una oleada de desregulación del mercado del alquiler en las décadas de 1990 y 2000 ha cedido o incluso ha cambiado de rumbo recientemente, a medida que los gobiernos intentan controlar los precios inasequibles o los efectos sociales indeseables, como la falta de vivienda. La pandemia del COVID-19 ha reforzado la intervención gubernamental en el sector del alquiler.

La intervención gubernamental es un tema que divide a las partes interesadas en la política de vivienda. Algunos señalan que limitar, indexar o regular de otro modo los precios por debajo de los valores del mercado libre puede reducir la construcción de nuevas viviendas, ya que los inversores se desaniman por los menores rendimientos potenciales.

Sin embargo, esto también es muy discutido. Por ejemplo, un reciente análisis a largo plazo de varios países concluyó que los controles moderados de los alquileres no parecen afectar de forma significativa a la oferta, por lo que las regulaciones pueden no ser tan problemáticas como se argumenta. Irónicamente, también es cierto que las demandas de los ciudadanos o de las organizaciones de inquilinos para que los gobiernos aumenten los controles de los alquileres tienden a ser más fuertes cuando la oferta no es capaz de satisfacer la demanda. En mercados restringidos, los alquileres pueden subir muy por encima de los costes de provisión a largo plazo. «En estas circunstancias, los propietarios obtienen beneficios excesivos y existe presión política para igualar las condiciones de modo que los inquilinos no se vean tan perjudicados». En general, aunque los controles de los alquileres pueden afectar a la oferta, esto es cierto para la mayoría de las regulaciones del mercado de la vivienda, incluidas las normas macroprudenciales, los impuestos sobre la propiedad y la planificación del uso del suelo. Por lo tanto, la regulación de los alquileres debe equilibrar los controles con la garantía de que todo el mundo pueda acceder a una vivienda digna a un precio asequible. El acceso a datos oportunos y a análisis sólidos es clave a este respecto.

Probablemente el sistema más conocido de regulación del alquiler sea el Mietspiegel alemán.

Alemania es conocida por su amplio sector del alquiler, que suele ofrecer contratos seguros y protección contra el desahucio, lo que hace del alquiler una alternativa atractiva a la compra de vivienda. Desde la década de 1970, un sistema ha vinculado los aumentos de los alquileres a un alquiler de referencia para viviendas locales de calidad similar, establecido

a intervalos regulares (normalmente cada cuatro años). El alquiler no puede subir más de un 20 % por encima de este alquiler de referencia en un periodo de tres años. Solo las viviendas no subvencionadas, de alquiler de mercado, pueden informar los alquileres de referencia. Una base de datos de estos alquileres (Mietspiegel) proporciona una referencia en todo el país para que inquilinos y propietarios indexen los alquileres. Hay algunas excepciones: por ejemplo, los pisos de viviendas sociales pueden seguir normas diferentes en algunas zonas.

Aunque el Mietspiegel modera el aumento de los alquileres, estos siguen subiendo en los mercados tensionados. Además, no impide que los alquileres suban por encima de la inflación y los cambios en los ingresos hasta niveles inasequibles. Por eso, en 2015, en condiciones de tensión en el mercado de la vivienda, se aprobó una ley que permitía a los Estados federados alemanes moderar los alquileres de los nuevos arrendamientos en ciudades o municipios. Esta medida de «freno» garantizaba que los alquileres solo podían subir un máximo del 10 % por encima de los alquileres locales de comparación. Desde entonces, muchas ciudades de Alemania han aplicado esta medida, pero las asociaciones de inquilinos consideran que el impacto no siempre ha sido suficiente para frenar los aumentos excesivos de los alquileres. Estos sistemas están sometidos a la presión constante de intereses contrapuestos y requieren una gestión política bien informada y un refuerzo jurídico.

#### SISTEMA DE PUNTOS PARA FIJAR LOS ALQUILERES MÁXIMOS - PAÍSES BAJOS

El Gobierno neerlandés aplica un sistema basado en puntos para evaluar la calidad de la vivienda y determinar el precio máximo para alquilarla. Este sistema se limita al extremo inferior del mercado (menos de 752 EUR en 2021); por encima de estos alquileres están sujetos a las condiciones del mercado. El número de puntos determina el precio máximo de alquiler de la vivienda, habitación o vivienda móvil. Cada parte de la casa recibe puntos por el tamaño de las habitaciones, la cocina, el cuarto de baño, el rendimiento energético, etc., así como por el valor de la propiedad. Cada punto se corresponde con un importe de alquiler en euros (+/- 5 EUR por punto).

El segmento inferior del mercado de alquiler de viviendas lo proporcionan en gran medida las empresas de vivienda social (alrededor del 30 % del parque nacional de viviendas), sujetas a un límite máximo de asignación de ingresos familiares de 40.024 euros al año (2021), así como a un nivel de alquiler indexado regulado anualmente. Para el segmento medio y alto del mercado privado de alquiler, dominado por propietarios privados con ánimo



de lucro, existe un régimen liberalizado. No existen normas generales para fijar los aumentos de los alquileres ni para notificarlos a los inquilinos.

Este bajo umbral de regulación ha sido problemático para los inquilinos en condiciones de mercado ajustadas, y se han producido rápidos aumentos de precios en las ciudades holandesas en los últimos años. Las enmiendas a la legislación de vivienda en 2019 facultan a los municipios neerlandeses para elaborar nuevas regulaciones de alquiler. La ciudad de La Haya lo ha hecho, y ahora regula la asignación de segmentos medios de vivienda de alquiler (por debajo de 185 puntos y por encima de 753 euros), garantizando que los hogares con ingresos modestos que solicitan una vivienda de alquiler modesta tengan prioridad.

El Banco de España en su informe anual 2023<sup>(16)</sup> apunta que el diseño de las políticas públicas debiera evitar que algunas actuaciones, cuya efectividad pudiera ser relativamente limitada en el corto plazo, acaben generando efectos indeseados significativos que dificulten el funcionamiento de este mercado. En relación a esos efectos indeseados señalan que y la literatura económica que ha analizado los efectos de distintas políticas de vivienda a lo largo del tiempo y en distintas geografías sugiere que: en un contexto de rigidez de la oferta, las políticas de demanda pueden acabar convirtiéndose, en buena medida, en una transferencia de recursos del sector público a los propietarios de vivienda, y tener una capacidad limitada para reducir los problemas de accesibilidad a la vivienda. Algunas medidas de protección a los inquilinos pueden generar efectos no deseados en el nivel y en la composición de la oferta de vivienda en alquiler—p.ej., vía reducción de la oferta y/o desplazamiento hacia modalidades de alquiler menos reguladas—, así como en los precios de los nuevos contratos; efectos que podrían ser más acusados para los colectivos más vulnerables. Los controles de precios podrían tener efectos adversos similares.

---

(16) Banco de España Informe Anual 2023. Capítulo 4. El mercado de la vivienda en España: evolución reciente, riesgos y problemas de accesibilidad. ÁNGEL GAVILÁN. Director General de Economía y Estadística. Banco de España Madrid, 23 de abril de 2024. Página 16. [https://www.bde.es/f/webbe/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/23/Fich/InfAnual\\_2023\\_Cap4.pdf](https://www.bde.es/f/webbe/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/23/Fich/InfAnual_2023_Cap4.pdf).



## C. El desarrollo y la gestión de la vivienda pública en Europa. El promotor y gestor público de vivienda

**Sorcha Edwards**, *Secretaria General Housing Europe*

**Alice Pittini**, *Directora de investigación Housing Europe*

**Johanne Pilippe**, *Asistente de políticas Housing Europe*

**Abderrahim Khairi**, *Coordinadora de miembros y eventos Housing Europe*

**Enrique Bueso Guirao**, *sesor jurídico de la Asociación española de gestores públicos de vivienda y suelo (AVS), Abogado. Máster en urbanismo y ordenación del territorio y doctor en derecho por el departamento de derecho administrativo, urbanismo y ordenación del territorio de la universidad politécnica de Valencia*

**Ana Silvestre Navarro**, *Técnica jurídica de la Asociación española de gestores públicos de vivienda y suelo (AVS), Máster en planificación territorial, medioambiental y urbana por el departamento de derecho administrativo, urbanismo y ordenación del territorio de la universidad politécnica de Valencia*

**Enrique Bueso Gómez**, *Abogado especialista en derecho público, urbanismo y derecho de la edificación. Carrau corporación*

**Resumen:** *Los Gestores Públicos a nivel europeo como actores eficaces, especializados y profesionalizados como ya hemos avanzado en el anterior capítulo demostraron ser un instrumento esencial para superar la crisis, pues, por un lado, la vivienda social, la rehabilitación y la revitalización*



*urbana, se presentaron tanto a nivel nacional como europeo como elementos esenciales para paliar la profunda crisis, dinamizando la economía global por la capacidad de movilizar recursos de todo tipo y, por otro, como garantes de la prestación por el sector público de los distintos servicios relacionados con la vivienda social, los equipamientos comunitarios y, en especial, aquellos vinculados con la ciudad que se revelaron como imprescindibles durante la Pandemia.*

*El objeto de este estudio es analizar la situación de los Gestores públicos de vivienda europeos analizando el desarrollo y la gestión de la vivienda pública en Europa especialmente a través del promotor y gestor público de vivienda. La Gestión pública en España ya ha sido tratada extensamente en el capítulo dieciocho de esta publicación y al que nos remitimos.*

**Palabras clave:** *Entes Instrumentales Públicos, Promotores Públicos, Gestores Públicos, sociedades urbanísticas, Gestión directa de servicios, Gestión de servicios por entes instrumentales, Encargos a medios propios, Vivienda Pública, Viviendas Protegidas, Viviendas Sociales, Gestión Pública de la Vivienda.*

**Abstract:** *Public managers at the European level as effective, specialized and professionalized actors, as we have already advanced in the previous chapter, proved to be an essential instrument for overcoming the crisis, since, on the one hand, social housing, rehabilitation and urban revitalization were presented at both the national and European level as essential elements for alleviating the deep crisis, on the one hand, social housing, rehabilitation and urban revitalization were presented both at national and European level as essential elements to alleviate the deep crisis, energizing the global economy by the ability to mobilize resources of all kinds and, on the other, as guarantors of the provision by the public sector of various services related to social housing, community facilities and, in particular, those linked to the city that proved to be essential during the Pandemic.*

*The purpose of this study is to analyze the situation of European public housing managers by analyzing the development and management of public housing in Europe, especially through the public housing developer and manager. Public management in Spain has already been dealt with extensively in chapter eighteen of this publication, to which we refer.*

**Keywords:** *Public Instrumental Entities, Public Promoters, Public Managers, urban societies, Direct management of services, Management of services by instrumental entities, Orders to own resources, Public Housing, Protected Housing, Social Housing, Public Management of Housing.*

**Sumario:** 1. Introducción al sector de la vivienda pública en Europa. 2. El papel de los municipios en la provisión de vivienda social.

## 1. INTRODUCCIÓN AL SECTOR DE LA VIVIENDA PÚBLICA EN EUROPA <sup>(1)</sup>

El sector público de la vivienda en Europa se caracteriza por una gran diversidad de influencias y estructuras organizativas. La influencia del sector público en la vivienda abarca varios niveles, desde las autoridades locales como los municipios y las provincias federales hasta los organismos estatales centrales y otras entidades públicas, incluidos los accionistas públicos de los proveedores de vivienda.

A diferencia de un modelo uniforme de «Sociedad Europea de la Vivienda», la realidad está marcada por importantes diferencias entre las asociaciones miembros del sector público. Estas diferencias se manifiestan en forma de:

- Estatuto jurídico: Entidades de derecho público frente a entidades de derecho privado.
- Nivel administrativo: Provincias frente a municipios.
- Orientación lucrativa: Explícita o implícitamente sin ánimo de lucro vs. con ánimo de lucro.

Las funciones y responsabilidades dentro de los mercados nacionales de la vivienda también varían mucho e incluyen:

- Función social: Proporcionar vivienda a colectivos desfavorecidos.
- Función de suministro: Dotación de infraestructuras.
- Vivienda para empleados: Viviendas para trabajadores clave.
- Vivienda Auto gestionada: Modelos de vivienda cooperativa.

La organización de la provisión de viviendas ha experimentado notables transformaciones, entre ellas la privatización de antiguos organismos públicos, como las transferencias de existencias en el Reino Unido y la transformación de entidades públicas en fundaciones en los Países Bajos, junto con la municipalización de antiguos organismos privados en Suecia.

Las funciones principales de los gestores bajo control público suelen consistir en suministrar viviendas a poblaciones socialmente desfavorecidas. Sin embargo, esta función no la desempeñan exclusivamente los proveedores públicos, ni éstos se limitan a este papel. En países con cuotas bajas de vivienda social, las autoridades públicas o las empresas públicas, muy influidas por las autoridades locales, son los principales proveedores

---

(1) BAUER, E. (2010). Proveedores de la Sección Pública del CECODHAS. [Diapositivas PowerPoint].

de viviendas de alquiler, como se observa en Irlanda, Bélgica e Italia. La necesidad de que las autoridades públicas participen en la provisión de viviendas varía de un país a otro, y en algunos no hay ningún proveedor público (por ejemplo, los Países Bajos).

Un patrón persistente entre los integrantes de Housing Europe es el modelo de negocio sostenible de los gestores sin ánimo de lucro. Este modelo desempeña un papel crucial y podría servir como concepto alternativo para la provisión de vivienda, especialmente a la luz de las crisis del mercado inmobiliario. Sugiere que la «vivienda social» debe considerarse no solo en términos de los servicios prestados, sino también en el contexto de los principios que rigen la producción de viviendas y las actividades de alquiler.

## El caso de España

El papel de los Gestores/Promotores públicos es y ha sido capital para garantizar el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, acredita esta afirmación el hecho de que los miembros de AVS-Gestores Públicos<sup>(2)</sup> en España administran un parque público de 250.000 viviendas en alquiler, promueven viviendas para la venta y en mayor medida en alquiler tanto en de nueva construcción como provenientes de la rehabilitación, realizan múltiples actuaciones de renovación urbana y promueven equipamientos, suelo industrial y residencial y gestionan de forma directa una amplia gama de servicios. Alrededor de 500.000 familias han obtenido una vivienda de los miembros de AVS-Gestores Públicos desde 2001.

Esta afirmación que queda acreditada por el cumplimiento de los 100 años de la constitución de patronatos de viviendas o sociedades de los ayuntamientos de Bilbao, Sevilla o Barcelona. Igualmente es prueba de ello el hecho de que en el Estado fueron el Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda (el IPPV) o el Instituto Nacional de Vivienda (INV) los que proveyeron de vivienda en la en la postguerrahasta la Constitución y tras ésta los institutos, patronatos o sociedades mercantiles de Ayuntamientos (entre otros, además de los indicados, Madrid, Valencia, Sevilla, Zaragoza, Málaga, Granada, Cádiz, Santander, La Coruña, San Sebastián, Salamanca, Jerez, Tarragona, Toledo, Alicante y un largo etcétera) o a las CC. AA como el Instituto Valenciano de Vivienda S. A. (IVVSA) hoy Entidad valenciana de vivienda y suelo (EVha), el Instituto de la Vivienda de la Comunidad de Madrid (IVIMA) hoy Agencia de la vivienda social (AVS) que acaba de cumplir su 40 aniversario, el Institut Català del

---

(2) AVS Gestores Públicos <https://gestorespublicos.org/>.

Sol (INCASOL), El Instituto Galego da Vivenda y Solo (IGVS), La Empresa Pública del Suelo de Andalucía (EPSA) hoy Agencia de vivienda y rehabilitación de Andalucía (AVRA), Viviendas del Principado de Asturias (VIPASA), etc.

## 2. EL PAPEL DE LOS MUNICIPIOS EN LA PROVISIÓN DE VIVIENDA SOCIAL

Aunque las políticas de vivienda (social) suelen establecerse a nivel nacional y/o regional, en la mayoría de los Estados miembros los municipios son responsables por ley de garantizar una oferta de vivienda adecuada que garantice el acceso a la vivienda para todos, y de poner en marcha programas de vivienda social a nivel local.

Para ello, los municipios pueden disponer de su propio parque de viviendas. O bien las poseen y gestionan directamente a través de sus servicios municipales (esta opción es cada vez más marginal, pero sigue siendo la principal o única forma de provisión de vivienda social en muchos de los nuevos Estados miembros de Europa del Este, donde la provisión de vivienda social de alquiler a través del parque municipal de viviendas es muy limitada), o bien a través de empresas públicas que pertenecen y están controladas por el propio municipio. En la mayoría de los antiguos Estados miembros, la provisión directa de vivienda social por parte de las autoridades locales ha ido disminuyendo progresivamente en los últimos 20 años. Este es el caso, por ejemplo, de Inglaterra, donde, aunque las autoridades locales siguen siendo propietarias de casi el 50% de las viviendas sociales, las viviendas municipales han ido disminuyendo debido a la transferencia del parque de las autoridades locales (AL) a las asociaciones de la vivienda, la venta de viviendas a inquilinos en propiedad a través del derecho de compra y la drástica disminución de las nuevas construcciones por parte de las AL. No obstante, en algunos países como Suecia o Austria (21% y 14% del parque nacional de viviendas respectivamente) el tamaño del parque municipal de viviendas sigue siendo muy significativo.

Las autoridades locales desempeñan un papel fundamental en la supervisión presupuestaria y el seguimiento continuo de los proyectos de capital, las aprobaciones, la tramitación de los pagos y el cumplimiento de los regímenes de financiación. Son responsables de designar y asignar viviendas sociales a los inquilinos y de inspeccionar las normas de alojamiento.



### **Algunos ejemplos:**

En Austria, los municipios gestionan los permisos de planeamiento local y la disponibilidad de suelo, y pueden proporcionar viviendas asequibles, dando prioridad a los derechos de asignación cuando hay subvenciones públicas de por medio. La asignación de viviendas depende de los recursos económicos, según la legislación federal, y afecta al 70-80 % de los hogares.

En Dinamarca, los municipios financian y subvencionan a las asociaciones de vivienda, aprueban los planes de alquiler, administran las subvenciones y supervisan la producción y el mantenimiento de las viviendas. Aplican las directrices nacionales mediante planes municipales, deciden sobre las promociones de viviendas sin ánimo de lucro y pueden asignar una cuarta parte de las viviendas vacías a hogares con necesidades urgentes.

En Alemania, los municipios designan zonas de vivienda, gestionan la planificación urbanística, expiden permisos de construcción y ofrecen programas especiales de vivienda para personas con necesidades especiales, incluidas las personas sin hogar.

En los casos en los que los municipios no proporcionan viviendas directamente, siguen desempeñando un papel importante en el proceso, principalmente seleccionando otras empresas de vivienda social. Este es el caso, por ejemplo, de Dinamarca, donde las viviendas sociales son suministradas exclusivamente por asociaciones de vivienda sin ánimo de lucro, pero para convertirse en una asociación de vivienda social la organización tiene que ser aprobada como tal por el municipio. El ayuntamiento puede controlar la iniciativa de las asociaciones de vivienda social decidiendo aprobar o no nuevos proyectos, y hacer peticiones concretas sobre el tipo de viviendas a construir.

Los municipios pueden apoyar la oferta de vivienda social de diversas maneras. A menudo asignan financiación regional y la complementan cuando es necesario. Además, proporcionan suelo edificable y son responsables de la planificación urbanística. Por ejemplo, es una práctica cada vez más extendida fijar un porcentaje mínimo de vivienda social en los nuevos desarrollos (por ejemplo, en España la Ley del Suelo establece que el 30 % del suelo en los nuevos desarrollos y en caso de planes de renovación urbana; en Irlanda tras la Ley de Planificación y Desarrollo de 2000 las autoridades urbanísticas tienen ahora la potestad de exigir que hasta el 20 % del suelo aprobado para urbanizaciones se destine a vivienda social y asequible) tiene que ser para vivienda social), o en un territorio determinado (por ejemplo en Francia la Ley SRU establece la obligación de tener al menos un 20 % o 25 % (dependiendo del municipio/zona más desarrollada o no) de vivienda social en cada municipio que cuente con más de 3500 habitantes.

Luego corresponde a cada municipio decidir cómo aplicar este porcentaje y fijar las normas en su plan urbanístico. Por ejemplo, París ha decidido que, en cada nueva urbanización, los promotores privados tienen que reservar el 25 % de la superficie a la construcción de viviendas sociales, a menos que ya representen más del 20 % de las viviendas de la zona). Este tipo de prácticas se han adoptado con el objetivo de aumentar la mezcla social y evitar la segregación social y espacial que se produce cuando la vivienda social se concentra en determinadas zonas/barrios.

Los municipios también desempeñan un papel importante en la asignación de viviendas sociales: definen los criterios de selección en función de las necesidades detectadas a nivel local y, a menudo, inscriben a los solicitantes en una lista de espera municipal. En muchos países, los municipios también pueden disponer de un porcentaje del parque de viviendas existente para alojar a quienes se consideran los casos más urgentes (por ejemplo, en Austria, Países Bajos y Dinamarca).

## **Sección 3**

### **Análisis económico del mercado de la vivienda**



### III

## ANÁLISIS ECONÓMICO Y DE EFICIENCIA DEL MERCADO Y LAS POLÍTICAS DE VIVIENDA

# **Análisis económico del mercado de la vivienda**

**José Garcia Montalvo**

*Catedrático de Economía aplicada de la Universitat Pompeu Fabra*

**Josep Maria Raya**

*Catedrático de Economía Aplicada del Tecnocampus (Universitat Pompeu Fabra)*

*jmraya@tecnocampus.cat*

**Resumen:** *El presente trabajo pretende caracterizar el mercado de la vivienda en España, en sus aspectos más relevantes. Así, en primer lugar, se ha definido el mercado de la construcción, su peso en el PIB, su oferta y su demanda, entendida esta última, principalmente, como la demanda de nuevos hogares. Asimismo se ha caracterizado la distribución de las viviendas en función de su régimen de tenencia, en este sentido se ha realizado una comparativa europea y se ha mostrado como la literatura económica se ha aproximado a la decisión de tenencia. A continuación se ha caracterizado el mercado hipotecario español así como la fiscalidad que afecta a la vivienda y como esta fiscalidad influye en decisiones individuales como la decisión de tenencia. Finalmente, y antes de acabar con unas breves condiciones, el trabajo se adentra en una de las tendencias recientes de la política pública de vivienda: la regulación de los alquileres. En este sentido se hace un repaso de la literatura económica que ha analizado dicha regulación.*



**Palabras clave:** *Mercado de la vivienda; régimen de tenencia; mercado hipotecario; fiscalidad; regulación de alquileres.*

**Abstract:** *This paper aims to characterise the most relevant aspects of the Spanish housing market. Firstly, we have defined the construction market, its weight in GDP, its supply and its demand, the latter being understood mainly as the demand for new homes. We have also characterised the distribution of dwellings according to their tenure regime, making a European comparison and showing how the economic literature has approached the tenure decision. Next, the Spanish mortgage market has been characterised, as well as the taxation that affects housing and how this taxation influences individual decisions such as the tenure decision. Finally, and before concluding with some brief conditions, the paper looks at one of the recent trends in public housing policy: the regulation of rentals. In this sense, a review is made of the economic literature that has analysed such regulation.*

**Keywords:** *Housing market; tenure regime; mortgage market; taxation; rent regulation.*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Caracterización del mercado de la vivienda. 3. El régimen de tenencia de vivienda. 4. La financiación de la vivienda: el mercado hipotecario. 5. La fiscalidad de la vivienda. 6. Nuevas (viejas) tendencias en las políticas públicas del mercado de la vivienda: La regulación de los alquileres. 7. Conclusión. 8. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

La vivienda constituye sin lugar a dudas un bien singular. Indivisible, espacialmente fijo, heterogéneo hasta el límite y en la frontera entre ser considerado un bien de consumo duradero, que genera una gran corriente de consumo, o como un bien de inversión, que tiene un peso importante en las carteras de las familias españolas. En concreto las familias destinan algo más 50% de su renta disponible a la financiación de la compra de la vivienda (*Banco de España, 2020*). Asimismo, la vivienda ocupa un lugar central en la vida de los individuos por la necesidad que tienen los mismos de disfrutar de sus servicios. De forma adicional, nos encontramos con características como su mayor durabilidad, la práctica ausencia de mercados de futuros y seguros relevantes, las asimetrías en la información y la



importancia del mercado de alquiler derivado del alto coste de la compra de una vivienda en propiedad y la complejidad de objetivar todo lo que lo rodea dada su relevancia social y económica. De hecho en el mercado de la vivienda lo que se comercia son los derechos legales sobre esa vivienda (concesiones, alquileres usufructos, derechos de uso o la propiedad).

La vivienda recibe una gran atención mediática. Uno de los principales motivos es que las dificultades para acceder a una vivienda digna ocupan uno de los primeros lugares entre las preocupaciones de los españoles en la mayoría de las encuestas de opinión. El sector público, consciente de ello, ha convertido el mercado de la vivienda en uno de los más intervenidos y las medidas promulgadas por uno u otro partido, suelen centrar durante algunos días el debate político. Asimismo, la construcción residencial afecta a la percepción ciudadana del funcionamiento del sistema económico. Además, dicho sector ejerce una influencia importante sobre el comportamiento cíclico de la economía, lo que lo convierte en un candidato a ser utilizado de manera estabilizadora. Recordemos, por ejemplo, como en medio de la crisis financiera, el sector público redujo temporalmente el IVA para tratar de obtener un efecto contracíclico en la economía, al incentivar el adelantamiento de comprar futuras.

En este capítulo abordamos la dimensión económica de la vivienda. Desde la caracterización de su mercado, el régimen de tenencia de la misma, su financiación y cómo afecta a todo ello la fiscalidad. Precisamente estos son los epígrafes en los que está dividido el capítulo que acaba con unas breves conclusiones.

## 2. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO DE LA VIVIENDA

El mercado de la vivienda presenta dudas en cuanto a su eficiencia, al haber pocos compradores y vendedores, unos elevados costes de transacción, con poca información disponible y con unas barreras de entradas elevadas debido al elevado precio del bien. La heterogeneidad del propio bien vivienda hace que sea difícil asignar un precio de forma certera. La valoración, siempre va detrás del mercado.

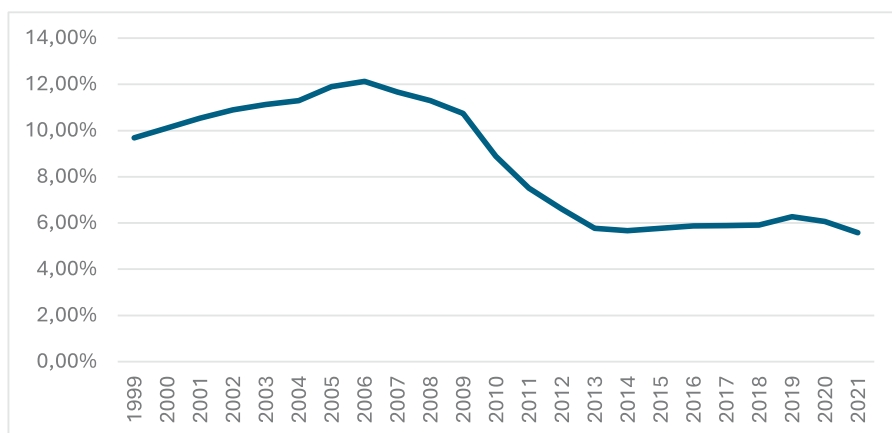
Asimismo, a pesar de que la teoría económica nos dice que en el corto plazo, la oferta de viviendas es fija (con lo que un aumento súbito de la demanda conlleva un aumento de precios ya que la oferta tarda en reaccionar), en realidad es flexible en cuanto se puede trasladar entre submercados y está creciendo de manera continua para tratar de satisfacer, como mínimo, la creación de nuevos hogares. De todas formas, la

adecuación de la oferta a la demanda no es perfecta y presenta un comportamiento cíclico claro, especialmente en términos de precios.

Desde el punto de vista funcional, el mercado puede ser de alquiler (si lo que importa es su uso), de inversión (si lo que importa es su rentabilidad) y de construcción, si lo que importa es la nueva construcción de bienes inmuebles. En el mercado de inversión, el inversor podrá obtener unos recursos a través de las rentas del alquiler (determinadas en el mercado del alquiler según la oferta y demanda de alquiler) y la potencial revalorización futura del inmueble. Ambos son los factores determinantes de la demanda de vivienda como inversión. Actualmente las rentabilidades netas del alquiler sin considerar las ganancias de capital se sitúan alrededor del 4%. El mercado de construcción y promoción de la vivienda engloba diversas actividades como la compra de suelo, obtención de la financiación y de las licencias, realización del proyecto, construcción y venta del edificio. En cada una de las fases hay riesgos que tiene que evaluar el promotor.

Por lo tanto, el mercado más importante que subyace a la vivienda, el mercado de la construcción, es un mercado procíclico cuyo ciclo suele estar retardado unos seis meses en referencia al ciclo de la economía general, muy correlacionado con el mismo (de La Paz, 2005) y con un peso importante en la formación del VAB (Montalvo and Mas, 2000). En el gráfico 1 podemos ver la evolución del peso del VAB de la construcción en la economía. Actualmente el peso se sitúa en el 5.5% aproximadamente, la mitad del valor que llegó a alcanzar durante los años 2000-2010, años de la burbuja inmobiliaria. Los valores actuales se sitúan en la media europea (por debajo de países como Estonia, Islandia o Lituania y por encima de países como Grecia o Irlanda). El sector de la construcción juega un papel muy importante en el desarrollo económico como generador de riqueza y ocupación. En este sentido, únicamente de forma directa acumula casi el 7.2% de la población activa en puestos equivalentes a tiempo completo (INE) y genera evidentes impactos indirectos en otros sectores. Así, esta cifra aumenta considerablemente si consideramos el peso de los sectores relacionados con la vivienda y las sinergias que entre todos ellos se producen. A título ilustrativo durante los años de 2000-2010, la economía española generó 240 miles de millones de euros de VAB, un 20% procedente directamente de la construcción y las actividades inmobiliarias, pero la elevada capacidad de arrastre de la construcción, elevó el peso de los sectores ligados a ella hasta el 35% del total. De hecho, el crecimiento promedio anual de los sectores ligados a la construcción fue del 4,2%, 1,3 puntos más que en el resto de la economía de mercado (Doménech, 2011). En la actualidad se calcula entorno al 16% el impacto económico total del sector de la construcción en la economía.



**Gráfico 1. % VAB construcción respecto al total**

**Fuente:** INE.

Por otra parte, el sector de la construcción no es de aquellos de mayor productividad ya que es intensivo en mano de obra no cualificada por las propias características del proceso productivo, proceso en el que es difícil procesos de producción estandarizados. Ello se traduce en mayores repercusiones de los gastos del personal sobre el valor añadido de la empresa. El hecho de emplear un trabajo por lo general poco cualificado implica menores costes por salariado, mayor temporalidad en la contratación, pero también una productividad media por hora trabajada que suele estar por debajo de la de la industria o el sector servicios y solo por encima de la del sector agrícola (INE)<sup>(1)</sup>.

Asimismo, las empresas del sector de la construcción, presentaban un importante endeudamiento que la crisis que empezó en 2008 y que se prolongó durante muchos ejercicios, provocó que se destruyera una parte importante del tejido productivo vinculado al sector inmobiliario (empresarial y profesional). Posteriormente ya en un escenario de recuperación, la accesibilidad a la financiación por parte del sector productivo (promotor constructor) ha condicionado el perfil de los operadores del mercado. Los requisitos de acceso a la financiación tradicional bancaria y la capacidad de apalancamiento por parte del promotor desde principios de la década del 2000 hasta la fecha, se han transformado absolutamente. La diversificación es también uno de los aprendizajes de la crisis. Aquellas empresas que disponían de un segmento de negocio en alquiler sortearon

(1) Productividad que aumenta a medida que aumenta el tamaño de la empresa (MONTALVO AND MAS, 2000).

mejor los vaivenes del mercado respecto a aquellos en que su exposición al mercado era exclusivamente en producto en venta. Por otra parte, las barreras de capital para la entrada de nuevas empresas constituyen una de las principales características del mercado actual. Estas barreras propician que el tamaño de las empresas sea relevante para poder alcanzar el objetivo de promover. Algunos operadores buscan fórmulas alternativas de financiación que permitan alcanzar el capital necesario para ejecutar un proyecto inmobiliario. En otros casos, esta evolución ha transformado a algunos promotores en desarrolladores de oportunidades inmobiliarias que aportan su conocimiento y gestión bajo un capital externo. También y especialmente en el segmento de vivienda protegida, encontramos fórmulas colaborativas que aúnan a usuarios finalistas con profesionales que gestionan la edificación de sus futuros hogares.

En cuanto a la demanda de viviendas depende de factores tanto demográficos, como sociales e institucionales y económicos. La literatura económica distingue entre los términos de demanda potencial y demanda efectiva de vivienda (Matea Rosa and Sánchez Carretero, 2015). La primera está relacionada fundamentalmente con la formación de nuevos hogares, la que depende directamente de factores sociodemográficos (población y edad, fundamentalmente, pero también el nivel de estudios o la nacionalidad) que captan aspectos estructurales del crecimiento poblacional, como cambios en los tipos de hogares. Por ejemplo, la actual tendencia de no vivir con la pareja y/o no tener hijos/as genera por ende un crecimiento en los hogares unipersonales. Como hemos visto, dentro de la demanda potencial hay aspectos relacionados con la demografía algunos de los cuales están relacionados con aspectos institucionales. En cambio, la demanda efectiva se compone únicamente de los hogares potenciales cuya capacidad económica, principalmente en términos de poder adquisitivo y capacidad de endeudamiento, es suficiente para acceder a una vivienda<sup>(2)</sup>. Es decir, los factores económicos.

Habitualmente, la parte de la demanda potencial de vivienda que se estima es la demanda de vivienda principal, aquella utilizada por los hogares como lugar de residencia habitual. Ya que al disponer de proyecciones demográficas, se pueden elaborar previsiones sobre la creación de nuevos hogares, resultado de la evolución de variables como la esperanza de vida, la natalidad y los flujos migratorios. Por el contrario, las estimaciones sobre la evolución futura de la vivienda secundaria y de la vivienda vacía, llevan asociadas una mayor incertidumbre y no se suelen realizar, pues en

---

(2) Por lo tanto, aquí subyacen aspectos como la renta corriente, el acceso a la financiación o en el caso de la demanda en propiedad, las preferencias por un régimen de tenencia que pueda tener una generación.

ella afectan factores como los flujos turísticos futuros, la rentabilidad relativa de la vivienda en relación con otros activos financieros, la evolución de la renta per cápita o la propensión a introducir en el mercado las viviendas vacías (Montalvo & Mas, 2000).

A título ilustrativo, en la Tabla 1 se muestra la proyección de hogares que realiza el INE hasta 2039. En la Tabla se observa un crecimiento en el número de hogares, crecimiento que se espera que sea decreciente en términos relativos. Según esta proyección, el número de hogares residentes en España se incrementaría en 3.961.151 (un 19,1%) entre 2024 y 2039, alcanzando la cifra de 23.001.927. Durante el mismo periodo la población residente en España aumentaría en 5.137.447 personas (un 10,6%). Esto implicaría la reducción del número de personas que viven en cada hogar. Así, el tamaño medio del hogar pasaría de los 2,50 actuales a 2 personas en 2039 (creciendo con fuerza la proporción de hogares de 1 y 2 personas y reduciéndose los de más 3).

**Tabla 1. Proyección de los nuevos hogares en la economía española**

| Año  | Número de hogares a 1 de enero | Crecimiento absoluto en cinco años |
|------|--------------------------------|------------------------------------|
| 2024 | 19.310.776                     |                                    |
| 2029 | 20.977.839                     | 1.667.063                          |
| 2034 | 22.118.643                     | 1.140.804                          |
| 2039 | 23.001.927                     | 883.284                            |

**Fuente:** INE.

En cualquier caso, los factores demográficos son los más relevantes desde una perspectiva de largo plazo. Aquí se encuentran el crecimiento de la población total (y por lo tanto las variaciones de las tasas de natalidad y mortalidad), los flujos migratorios y la estructura por edades de la población que afecta al número y tipología de viviendas demandadas. Los factores sociales e institucionales, además de afectar a algunos factores demográficos, lo hacen con mayor intensidad con los factores económicos. Por ejemplo, durante la crisis financiera, con tasas de desempleo por encima del 20% y familias completas sin un miembro cobrando un salario, se retrasó la edad de emancipación y se redujo la creación de nuevos hogares. Este hecho está afectado por cambios institucionales como progenitores dispuestos a que sus hijos convivan más años con ellos, la cada vez mayor independencia económica de la mujer, las mayores tasas de divorcio o el mayor número de hogares de individuos solteros sin hijos. Entre los factores económicos destaca el tipo de interés –como principal compo-





nente del coste financiero de la vivienda<sup>(3)</sup>—, pues es el coste esencial del capital necesario para comprar una vivienda, la tasa de paro (en especial el desempleo juvenil) o la renta per cápita. En el caso de la renta per cápita hay que diferenciar a las generaciones adultas de las más jóvenes. El aumento de la renta per cápita que ha experimentado la economía española en la etapa democrática ha hecho que la demanda de viviendas secundarias (por motivo vacacional o como inversión) haya aumentado ostensiblemente. Esto se observa fundamentalmente en aquellas generaciones por encima de los 35 años. Por debajo, es decir, la generación que entró al mercado laboral a partir de la crisis financiera ha visto como su salario real ha decrecido en la última década y con ello han empeorado sus posibilidades de acceder a un crédito hipotecario. Como consecuencia, se ha reducido ostensiblemente la proporción de propietarios entre dicho colectivo. Como dato, según la Encuesta Financiera de las Familias del Banco de España (2022), en los nueve años que median entre finales de 2011 y finales de 2022, la tasa de propiedad de los hogares más jóvenes de 35 años cayó 37 puntos porcentuales, y pasó del 69,3 % al 31,8 %.

Como hemos dicho, las estimaciones de la demanda de vivienda se centran en la vivienda principal, pero la vivienda, además de proporcionar servicios a sus usuarios, puede ser demandada como una forma de mantener riqueza. En este sentido, el factor determinante es la rentabilidad del activo comparada con cualquier otra forma de inversión (ya sea un activo de renta fija o variable). La rentabilidad de la vivienda como activo presenta oscilaciones importantes pues su comportamiento está dominado por la evolución de los precios de la vivienda. Por lo tanto, la vivienda es un activo más con su riesgo y beneficio que todo activo comporta, eso sí, en el caso de la economía española, la vivienda es el activo más importante de las familias, ya que representa el 52,9 % del valor de los activos reales para el conjunto de hogares y un 41,9 % del valor de los activos totales (Banco de España). Esto es especialmente así para las familias de menor riqueza donde este porcentaje supera el 70 %, ya que la vivienda pierde peso relativo a favor de otras propiedades inmobiliarias y negocios a medida que aumenta la riqueza neta. En cuanto a la demanda de inversión o vivienda secundaria, la mejor aproximación que se puede realizar es a partir de los datos de la Encuesta Financiera de las Familias (EFF). A nivel español, en la ola de 2017 se observan 427 compras de viviendas no principales (realizadas por 209 familias de las 6.677 encuestadas) en el lustro 2013-2018. Dado que solo se realizaron 297 compras de vivienda principal, ello implica que la demanda por inversión superó la demanda de

---

(3) Entre otros factores, en este coste financiero también interviene, la fiscalidad, que trataremos en un apartado posterior.

vivienda principal. Ahora bien, hay que tener en cuenta el tamaño de la muestra (unas 6000 familias por ola) y que las familias de edad avanzada y renta elevada y, por lo tanto, con mayor predisposición a comprar una vivienda no principal en relación con la vivienda principal, están sobrerrepresentadas en la EFF<sup>(4)</sup>. En cualquier caso, los datos muestran un peso nada desdeñable de la demanda de vivienda no principal en España, pues la proporción de compra de vivienda secundaria respecto a la vivienda principal en la EFF (1.42) se mantiene parecida en el tiempo, lo que ha cambiado es que la demanda global ha disminuido a menos de la mitad de la que había en el periodo 2004-2008.

Por otra parte, aunque la demanda potencial de vivienda principal se materialice en demanda efectiva, su traslación a la construcción de nuevas viviendas no es directa pues una parte puede cubrirse con viviendas ya construidas. Asimismo, es posible que sea necesaria cierta renovación del parque de viviendas (Bergin and Garcia Rodriguez, 2020). Por último, en términos de tenencia, los nuevos hogares elegirán entre vivir régimen de propiedad o de alquiler, como también habrá hogares antiguos que realicen transiciones entre estos regímenes de tenencia.

### 3. EL RÉGIMEN DE TENENCIA DE VIVIENDA

Uno de los aspectos que distinguen a la vivienda respecto a otros bienes es la presencia de dos formas básicas de tenencia de elevada presencia en el mercado: alquiler y propiedad<sup>(5)</sup>. La vivienda es seguramente el bien con mayor mercado de alquiler entre aquellos a los que tienen acceso las economías domésticas, y esto es así por la combinación de su elevado coste y necesidad. Es decir, la combinación de la necesidad del disfrute de los servicios de inmueble junto con el elevado coste de la propiedad hace del mercado de alquiler la única alternativa para muchos individuos. Esta decisión, constituye en sí misma una de las decisiones relevantes que ha tomar el individuo a lo largo de su ciclo vital. Además, el sector público interfiere en dicha decisión hasta el punto de vulnerar en muchas ocasiones el principio de neutralidad<sup>(6)</sup>. Desde este ámbito durante décadas se confundía de forma reiterada la necesidad de garantizar el disfrute del

---

(4) Un 43.67% de las familias de la ola 2017, tienen alguna vivienda no principal. Y solo un 9.29% de la muestra es de familias cuyo sustentador principal tiene menos de 40 años.

(5) En las estadísticas siempre hay un remanente, bajo la denominación de «otras formas de tenencia» bajo cuya denominación se incluyen: cooperativas diversas, alquileres gratuitos, alquileres sociales, subalquiler y viviendas vacías o libres.

(6) Principio impositivo según el cual todas las formas de ahorro e inversión tienen que tener el mismo tratamiento fiscal para evitar efectos discriminatorios.

ciudadano de los servicios de una vivienda con la necesidad de garantizar el disfrute de un ciudadano de una vivienda en propiedad<sup>(7)</sup>.

Respecto al régimen de tenencia, en España (76 %) hay que destacar un mayor porcentaje de vivienda en propiedad que la media UE (69 %). En la Tabla 2, según datos de Eurostat, observamos, no obstante que son los países procedentes del este de Europa presentan mayores tasas de propietarios (Bulgaria, Estonia, Letonia, Lituania, Croacia, Hungría, Polonia, Rumania, Eslovaquia) mientras que el resto de los países presentan tasas de propiedad y alquiler más equilibradas que la española. Es el caso de Dinamarca, Francia, Holanda, Alemania, Austria, Finlandia y Suecia. Incluso así, este diferencial se ha reducido en los últimos años donde la tasa de propietarios en España se ha reducido des del 83 %.

**Tabla 2. Distribución de los hogares según régimen de tenencia de la vivienda**

|                                            | Régimen de tenencia |
|--------------------------------------------|---------------------|
| European Union – 27 countries (from 2020). | 69.1                |
| Euro area – 20 countries (from 2023).      | 65.0                |
| Belgium.                                   | 72.5                |
| Bulgaria.                                  | 85.0                |
| Czechia.                                   | 77.1                |
| Denmark.                                   | 59.6                |
| Germany.                                   | 46.7                |
| Estonia.                                   | 82.0                |
| Ireland.                                   | 70.4                |
| Greece.                                    | 72.8                |
| Spain.                                     | 76.0                |
| France.                                    | 63.4                |
| Croatia.                                   | 91.1                |
| Italy.                                     | 74.3                |
| Cyprus.                                    | 69.6                |
| Latvia.                                    | 83.1                |
| Lithuania.                                 | 88.6                |

(7) Artículo 47 de la Constitución española establece: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando el uso del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará de las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».



|              | Régimen de tenencia |
|--------------|---------------------|
| Luxembourg.  | 72.4                |
| Hungary.     | 90.1                |
| Malta.       | 82.6                |
| Netherlands. | 70.6                |
| Austria.     | 51.4                |
| Poland.      | 87.2                |
| Portugal.    | 77.8                |
| Romania.     | 94.8                |
| Slovenia.    | 75.4                |
| Slovakia.    | 93.0                |
| Finland.     | 69.5                |
| Sweden.      | 64.2                |

**Fuente:** Eurostat.

El tradicional desequilibrio entre ambos regímenes de tenencia, que llegó a su máxima expresión durante la primera década de este milenio, se explica por la reducida rentabilidad del alquiler durante esos años, junto con el desfavorable tratamiento fiscal y legal que recibía el alquiler en relación con la propiedad (Raya and Garcia Villar, 2006). Así, mientras que en 1950 el porcentaje de viviendas en alquiler, ya sea social o privado, era del 53%, en 2002, ya era únicamente del 11 % (Pareja and San Martin, 2002).

En buena lógica, el estudio de la decisión entre alquiler y propiedad está en estrecha relación, en ocasiones, con el ciclo vital del individuo y, consecuentemente, constituye uno de los marcos más reiterados en la literatura que gira entorno al mercado de la vivienda (Raya and Garcia, 2012). Diversos son los factores que influyen la decisión del régimen de tenencia de la vivienda de los individuos. No obstante, como en la mayoría de las decisiones económicas, se pueden sintetizar en dos componentes: la utilidad y los costes inherentes a cada una de las alternativas. Mientras que la utilidad es un aspecto básicamente endógeno del individuo que refleja sus preferencias y que estará influenciado por algunas de sus características socioeconómicas como su renta, edad, situación familiar, nivel de estudios, tamaño familiar o estado civil, la mayoría de componentes del coste relativo de cada una de las alternativas de tenencia son exógenos al individuo y vienen determinados por las condiciones económicas del momento y el lugar que vive el individuo. Estas condiciones económicas son principalmente el nivel de alquileres, el tipo de interés y el tratamiento legal y fiscal que otorgue el sector público a cada alternativa. La decisión entre alquilar

y comprar depende de los costes que generan cada una de las opciones. San Martín, (2000) compara las elecciones de los consumidores bajo diversos escenarios en función del precio de la vivienda, el alquiler, el periodo de estancia, el tipo de interés, la rentabilidad del ahorro, la fiscalidad de la vivienda y las expectativas de crecimiento de precios. Evidentemente, un mayor alquiler, un menor precio de la vivienda actual, un mayor periodo de estancia en la vivienda, un menor tipo de interés, una menor rentabilidad del ahorro alternativo, un mayor sesgo fiscal a favor de la propiedad y unas mayores expectativas de crecimiento de los precios de la vivienda favorecen la opción de la propiedad.

Finalmente, las consecuencias de ser un país donde domina un régimen de propiedad u otro son diversas. Como aspectos positivos de una mayor tasa de propietarios, la literatura apunta a una mejora de la seguridad y estabilidad de los hijos, de las condiciones de salud (sobretudo en términos de estrés), del compromiso cívico y la estabilidad política y, finalmente, al generar una fuente de ahorros para la vejez, de la estabilidad y seguridad financiera de los hogares (Doling, Vandenberg and Tolentino, 2013). Sin tratar de ser exhaustivos, la literatura económica también ha analizado los impactos negativos pues un mayor porcentaje de propietarios reduce la movilidad laboral (que acaba incidiendo en la tasa de paro estructural) o la tasa de emprendedores (Oswald, 1999; Munch, Rosholm and Svarer, 2006; Bracke, Hilbert and Silva, 2012; Blanchflower and Oswald, 2013; Cloyne *et al.*, 2017). Asimismo, la mezcla de una cultura propietaria, un mercado de alquiler escaso y elevados precios de la vivienda conduce a un retraso en la emancipación de los jóvenes. Este fenómeno puede afectar a los patrones de estado civil y natalidad de una sociedad.

#### 4. LA FINANCIACIÓN DE LA VIVIENDA: EL MERCADO HIPOTECARIO

Des del punto de vista de la financiación es importante distinguir entre el crédito destinado a la construcción, que no deja de ser la financiación a un sector productivo más, y el crédito destinado a la adquisición o rehabilitación de viviendas, pues este último constituye la principal fuente de endeudamiento de las familias. De hecho, una vez superada la anomalía acontecida durante los años expansión inmobiliaria (2000-2008) donde el porcentaje del crédito inmobiliario se llegó a concentrar en las actividades inmobiliarias (concentrando alrededor del 60 % del crédito inmobiliario total), en la actualidad más del 80 % del crédito inmobiliario se dedica al mercado de adquisición y rehabilitación de vivienda por par-



te de los hogares (alrededor de un 14 % a las actividades inmobiliarias y el 4 % a los negocios de construcción).

El mercado hipotecario español se constituyó sobre tres pilares básicos: i) una garantía hipotecaria (adicional a la personal); ii) un sistema de tasación de los bienes inmobiliarios, supervisado por el Banco de España; y iii) la creación de instrumentos específicos que facilitaban la financiación de entidades de crédito en los mercados permitiendo mantener el ritmo de concesión de préstamos (Delgado Tejero, 2022).

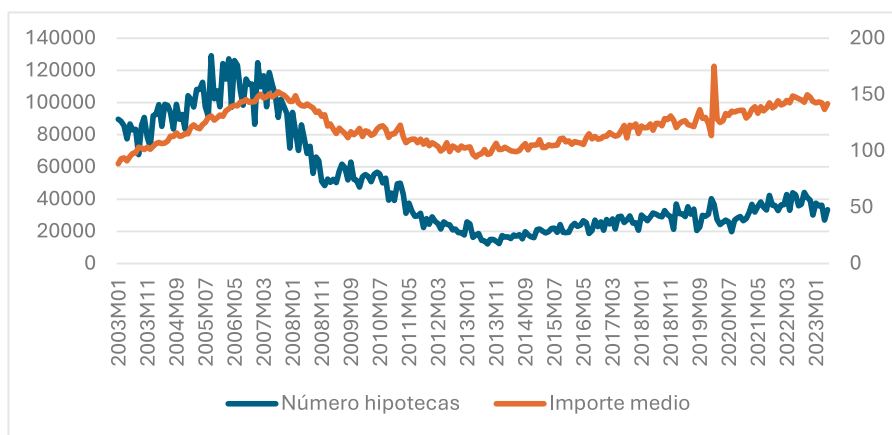
La creación de las Cédulas, Bonos y Participaciones Hipotecarios permitieron a las entidades de crédito obtener recursos para desarrollar los préstamos con garantía hipotecaria. En los años 70, la financiación hipotecaria era casi un producto exclusivo de las cajas de ahorro. Desde entonces, el mercado inmobiliario ha tenido un crecimiento continuo. Dicho crecimiento solo ha sido interrumpido por tres crisis: a finales de los 70, a principios de los 90 y la más profunda la de 2008-2014. Precisamente la facilidad para conseguir fondos en los mercados mayoristas y canalizarlos hacia el sector inmobiliario, junto con una errónea percepción y gestión de los riesgos que relajaron los estándares crediticios (Akin *et al.*, 2014), la ausencia de herramientas macroprudenciales para poder frenar los desequilibrios en ese momento, contribuyeron entre otras causas, al estallido de la crisis financiera global de los años 2007-2008. En España, esta crisis derivó en una crisis inmobiliaria entre 2008 y 2014 que supuso un intenso ajuste de los precios y las transacciones, así como de la actividad hipotecaria. Tras esta etapa, se inició una fase de recuperación gradual que, con la excepción de los meses de pandemia, se ha prolongado hasta los primeros meses de 2025.

En cuanto al mercado hipotecario, la Estadística de hipotecas (INE) ofrece información sobre constituciones de hipotecas, es decir, sobre el número de nuevas hipotecas que se constituyen durante el mes de referencia sobre bienes inmuebles y el importe de los nuevos créditos hipotecarios correspondientes a dichas hipotecas. A partir de 2006 se publica información sobre cambios y cancelaciones registrales de hipotecas. Toda esta información se desagrega en base a diversas variables como naturaleza de la finca hipotecada o el tipo entidad prestamista (banco, cajas de ahorro u otras entidades).

En el gráfico 2 se observa la evolución en el número de hipotecas de viviendas y el importe medio desde la creación de la estadística (2003). En ella se observa cómo el número de hipotecas creció a la misma velocidad que lo hacía la compraventa de viviendas durante los primeros años de la década del 2000. En esta década se observa cómo el máximo mensual de constitución de hipotecas (129.128) se alcanzó en 2006, mientras que el mínimo (12.146) se llegó al final del periodo de corrección posterior, en 2013. A partir de ahí la tendencia ha sido ligeramente creciente,

situándose en la actualidad en el entorno de las 40.000 hipotecas mensuales. La evolución del importe medio ha sido similar, aunque su variación ha sido mucho menor. Desde 2006, se produjo una reducción en dicho importe de 150.000€ a 94.000€, importe medio que se ha recuperado en la actualidad.

**Gráfico 2. Número e importe medio de hipotecas (miles €) en España**



**Fuente:** INE.

Asimismo, más de un 87 % de las hipotecas concedidas actualmente, las concede una entidad bancaria. Mientras que hasta la crisis financiera el 95 % de las hipotecas constituidas lo eran a tipo de interés variable, lo que hacía al mercado hipotecario español muy sensible a variaciones en los tipos de interés, el peso de este tipo de hipotecas se ha ido reduciendo paulatinamente de tal manera que desde 2016, se constituyen más hipotecas a tipos de interés fijo o mixto que a tipo de interés variable. En la actualidad, las operaciones con un interés fijo inicial por un periodo superior a 10 años han pasado a representar el 45,6 % del volumen de nuevas contrataciones. Por su parte, los préstamos mixtos con un tipo inicial fijo por un periodo entre 1 y 10 años suponen el 32,1 % de las nuevas originaciones. Dentro de esta categoría, tanto los préstamos sujetos a un interés fijo a corto plazo (1-5 años) como los de medio plazo (5-10 años) cobran fuerza. Esta modalidad de préstamos se erige como alternativa para aquellos consumidores que quieran asegurarse un tipo fijo durante los años iniciales del préstamo en un contexto de subidas de tipos de interés como el acontecido en 2023, confiando en que a futuro los tipos evolucionen favorablemente.

Esta reducción en la proporción de préstamos a tipos de interés variable ha hecho menos sensible a la economía española de la subida de tipos de interés experimentada en 2023. Así, el tipo de interés de las nuevas operaciones, pero incluso así, la cuota hipotecaria media ha crecido en los años 2022 y 2023 en 200€ (de algo menos de 550€ a más de 700€) y siendo superior en 2023 el número de hipotecas canceladas a las nuevas.

Un aspecto distintivo del mercado hipotecario español es la existencia de un sistema de valoración supervisado. La valoración de los bienes raíces, cuyo número muestra una evolución paralela a la actividad hipotecaria, es un factor fundamental para la estabilidad financiera, ya que la calidad de las tasaciones afecta directamente al riesgo bancario (Montalvo 2009, Montalvo and Raya, 2018). Además, los ciclos de auge y de caída en los mercados inmobiliarios han sido factores importantes en las crisis financieras sistémicas y, por lo tanto, deben estar en primera línea de la política macroprudencial (Hartmann, 2015).

El valor de una tasación es un factor fundamental para determinar tanto la cantidad del préstamo que se concede a un hogar como las reservas de capital de la institución financiera que ofrece el préstamo para cubrir las pérdidas inesperadas de este. Por esta razón, la valoración de inmuebles puede dar lugar a intereses potencialmente divergentes entre las distintas partes de una operación. Por lo tanto, para que los valores de tasación se estimen con independencia y la mayor objetividad, se deben considerar, entre otros factores, el establecimiento de un marco legal y de criterios metodológicos adecuados. La regulación se ha usado para objetivar los procedimientos de valoración de manera que se refuerce la independencia de las tasaciones y otorgar una seguridad en la valoración de colaterales para el sistema financiero. También se han establecido sistemas de supervisión para desincentivar la realización de actuaciones que puedan dañar a la credibilidad en las valoraciones y, en su caso, poder hacer un seguimiento del mercado de tasaciones para corregir posibles conductas inapropiadas (López Gómez and Matea Rosa, 2020).

El modelo español de valoración inmobiliaria a efectos de garantía inmobiliaria, es un modelo regulado desde la promulgación de la Ley 2/1981, que se basa en una metodología detallada, un modelo de informe estandarizado y que apostó por un modelo societario, al objeto de reforzar el control de las tasaciones. A las sociedades de tasación homologadas se les exige un nivel adecuado de medios técnicos y humanos. Además, en 1997 se encomendó la supervisión de dichas sociedades al Banco de España.

Hasta 2013 las sociedades de tasación podían estar controladas por entidades de crédito. Por ejemplo, en 2004, en España había 58 sociedades de tasación, de las cuales 11 estaban participadas en más del 90 % por entidades de crédito. Además, estas sociedades participadas por las entidades de



crédito realizaron el 41 % del total de las tasaciones certificadas por el sector (el 46 % del importe total), y su facturación con su principal accionista superaba el 90 % de su negocio total en la mayoría de los casos. Para abordar el posible conflicto de intereses entre tasadoras y entidades de crédito que subyace detrás del fenómeno de las sobretasaciones experimentado durante el periodo 2004-2008 (Montavo, 2009, Montalvo and Raya, 2018; Bover, Torrado and Villanueva, 2019) a partir de 2013 se introdujeron importantes cambios regulatorios en la actividad de tasación que mejoran su independencia. Hay que tener en cuenta que la Ley 1/2013, de 14 de mayo, estableció que las sociedades de tasación cuyos ingresos totales deriven al menos en un 10 % de su relación de negocio con una entidad de crédito o con el conjunto de entidades de crédito de un mismo grupo, siempre que alguna de esas entidades de crédito haya emitido y tenga en circulación títulos hipotecarios, deberán disponer de mecanismos adecuados para favorecer la independencia de la actividad de tasación y evitar conflictos de interés. Además, en la misma norma se prohíben la adquisición o el mantenimiento por parte de las entidades de crédito o de aquellas personas físicas o jurídicas relacionadas con la comercialización, propiedad, explotación o financiación de bienes tasados por una sociedad de tasación, de forma directa o indirecta, de una participación del 10 % o superior en esta. A partir de la entrada en vigor de esta Ley 1/2013, las entidades de crédito vendieron sus participaciones en las sociedades de tasación. Simultáneamente, las sociedades de tasación fueron reduciendo su dependencia de su cliente principal y los casos en los que la facturación con este último representaba más del 50 % pasaron de ser la norma a ser excepciones (López Gómez and Matea Rosa, 2020).

No obstante, todavía hay aspectos pendientes de mejora de la normativa de valoración (recogidas en la Orden ECO/805/2003) como la regulación de valoraciones automáticas (AVM) y la mejora de las reglas para estimar el valor hipotecario, que, frente al valor de mercado, es aquel que se considera sostenible en el tiempo. La supervisión de los agentes que realizan la actividad de tasación hipotecaria a efectos de regulación prudencial bancaria es poco frecuente en el ámbito internacional pero resulta muy relevante para la salvaguarda de la independencia y la objetividad de las valoraciones inmobiliarias.

## 5. LA FISCALIDAD DE LA VIVIENDA

Desde siempre, el mercado de la vivienda ha sido uno de los mercados en los que más intervención se ha producido por parte del Estado (Montalvo y Mas, 2000 y Montalvo, 2004). El mercado no es perfecto a la hora

de asignar los recursos, no los asigna de manera eficiente, no distribuye equitativamente los recursos y provoca dificultades de acceso a la vivienda que suelen estar correlacionadas con la pobreza y la exclusión social. Además, la adquisición de vivienda constituye probablemente la transacción más importante que realizarán muchas familias a lo largo de su ciclo vital. La vivienda en propiedad es, además, el componente más importante de la riqueza de muchas economías doméstica y la importancia del sector de la construcción residencial en la evolución de cualquier economía ya ha sido considerado. Los programas públicos relacionados con la vivienda se articulan en todos los niveles de gobierno, con políticas directas de impuestos y subsidios o indirectas en forma de tratamiento favorable en algunas figuras tributarias (y en particular en el impuesto sobre la renta personal), gasto directo, regulaciones en los mercados de capital (y en concreto en relación a los préstamos hipotecarios), introducción de programas de vivienda concretos, controles de alquileres, ordenanzas de zonificación y códigos de edificación (García, 2019). La fiscalidad es una de las principales vías en las que el sector público interviene en materia de vivienda.

La introducción de los impuestos altera el coste de uso de la vivienda en varios sentidos y por ello las decisiones de compra y tenencia de la vivienda. Así, en primer lugar, en el momento de la adquisición, el coste de esta se ve incrementado por los impuestos indirectos asociados a la misma (Impuesto del Valor Añadido-IVA– si la vivienda es nueva o Impuesto de Transmisiones Patrimoniales-ITP– si es usada) y por el impuesto sobre actos jurídicos documentados (AJD) correspondiente a la compraventa y a la hipoteca, en su caso. Esto supone, por un lado, una mayor inversión inicial y, por otro, la generación de una minusvalía latente, al situarse el precio de adquisición por encima del precio de mercado. En contrapartida, las deducciones en el IRPF que existieron por la compra de vivienda habitual hasta 2012– y que continúan para compras anteriores a 2013– tienen el efecto opuesto: reducen el precio de adquisición y, consiguientemente, el coste de oportunidad, generando además una plusvalía latente. Estas deducciones se producían tanto en el momento inicial, por la entrega efectiva realizada en el primer año, como de manera periódica, por la amortización progresiva del préstamo solicitado. En segundo lugar, durante el período de tenencia de la vivienda, la carga por amortización e intereses del préstamo hipotecario se amortiguó como consecuencia de las deducciones en el IRPF y, en contrapartida, la renta generada (en el caso del alquiler) o imputada (en la vivienda secundaria, y habitual) se ve gravada por dicho impuesto. Además, el Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI) incrementa adicionalmente el coste de uso, al gravar la tenencia de viviendas en propiedad, en función de su valor catastral, si bien dicho gasto es deducible en el IRPF en determinados casos. Por su parte, el coste de oportunidad se ve

afectado también por la introducción de los impuestos. Así, estos reducen, en general, la rentabilidad neta de las inversiones alternativas y, por tanto, el coste de oportunidad de la destinada a vivienda. En el caso de los inmuebles destinados al alquiler, actualmente existen deducciones en el IRPF del inquilino por el pago del mismo (con límite máximo y condiciones en términos de renta para acceder a dicha deducción). Finalmente, en el momento de la venta de la vivienda, el impuesto sobre las plusvalías grava la diferencia entre el precio de venta y el de compra, ajustado este último por inflación y plazo de la inversión. El gravamen sobre las plusvalías reduce el valor neto de las mismas y eleva el coste de uso. No obstante, bajo ciertas condiciones, dicha plusvalía no se grava cuando es resultado de la venta de una vivienda habitual y el importe obtenido se reinvierte en una nueva residencia principal (García-Vaquero Álvaro and Martínez Pagés, 2005). Por tanto, el tratamiento fiscal puede favorecer a la vivienda frente a inversiones alternativas básicamente por dos vías: reduciendo el coste de adquisición (subvención neta a la compra) y/o gravando en menor medida los rendimientos netos generados (incluidas las plusvalías). Para un análisis de la importancia económica de cada uno de estos gravámenes se puede consultar Montalvo y Mas (2000).

Existe acuerdo entre los analistas acerca de que este tratamiento fiscal favorable, al reducir el coste de poseer la vivienda en propiedad respecto a alquilarla, genera un efecto sustancial sobre las decisiones de vivienda. En particular, el hecho de que la propiedad resulte más atractiva que el alquiler induce a los individuos a ser propietarios y a consumir más vivienda en régimen de propiedad. Adicionalmente, estas preferencias fiscales, al introducir una cuña entre el valor marginal de los servicios de vivienda y su coste marginal, generan costes en eficiencia. En nuestro país, desde su introducción y hasta su eliminación en 2013, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) incorporó generosos subsidios fiscales a la vivienda principal habitada por su propietario pues las desgravaciones superaban a los impuestos derivados de la adquisición<sup>(8)</sup>. Tras la eliminación de las desgravaciones por vivienda en 2013, sin embargo, la situación se ha dado la vuelta. Se mantiene, no obstante, un cierto incentivo a la compraventa de viviendas usadas en relación a las nuevas, pues el IVA es mayor que el ITP en la mayoría de comunidades autónomas<sup>(9)</sup>. Asimismo se mantiene un cierto tratamiento favorable de la inversión en vivienda en relación a cualquier inversión alternativa, siendo esto válido también para la vivienda secundaria, aunque con

---

(8) Debe tenerse en cuenta, no obstante, que dicha cuña fiscal no incorpora los impuestos que afectan a la oferta, ni de viviendas ni de activos alternativos. Por otra parte, tampoco se considera el posible efecto de unos y otros impuestos sobre los precios de equilibrio de los activos (ORTEGA, RUBIO, y THOMAS, 2011; RAYA, y KUCHEL, 2015).

(9) El ITP, a diferencia del IVA, es un impuesto gestionado por las CC. AA.

menor intensidad, al realizarse para la vivienda secundaria una cierta imputación de rentas en el IRPF y no estar exenta de tributación su plusvalía.

Como recomendaciones, para alcanzar un mayor equilibrio entre los principales regímenes de tenencia en España, San Martín, (2000) Montalvo (2003, 2006, 2009) y Raya and Garcia Villar, (2006) ya abogaban por un cambio en la normativa y la orientación del sector público respecto al mercado del alquiler en previsión de un desplazamiento de la demanda hacia el mercado del alquiler. A pesar de la eliminación de la deducción por adquisición de vivienda habitual en IRPF (aunque sin efectos retroactivos), es necesario fomentar la oferta de viviendas en alquiler ya que el aumento de la demanda de vivienda en alquiler ha propiciado escasez en dicho mercado. En este sentido los incentivos fiscales en el IRPF a los propietarios de viviendas incorporados en la nueva Ley 12/2023 por el Derecho a la vivienda van en la línea adecuada, al contrario que el control de alquileres. Además, esta política y una vez considerado la relación entre el régimen de tenencia y la movilidad laboral, reduciría en un cierto porcentaje el paro estructural de la economía española producto de la ausencia de movilidad laboral a la que contribuyen los altos porcentajes de propiedad y reduciría los recursos públicos necesarios para la política de la vivienda, especialmente a la hora de atender a los colectivos con menores ingresos. No obstante, sin dejar de perseguir el otro gran objetivo relacionado con el aumento de la oferta de viviendas en alquiler: el aumento de la oferta de viviendas en alquiler social. Aspecto en el que la economía española se sitúa muy lejos de los estándares europeos, pues únicamente un 2.5% de las viviendas en España son de alquiler social cuando la media europea se sitúa entorno al 9.3% (Eurostat, INE y Housing Europe, 2018). Asimismo, la equiparación de la tributación de la vivienda en relación a otros activos alternativos también se hace necesaria.

## 6. NUEVAS (VIEJAS) TENDENCIAS EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL MERCADO DE LA VIVIENDA: LA REGULACIÓN DE LOS ALQUILERES

Además de las políticas públicas relativas a la fiscalidad de la vivienda. Existen otras muchas políticas que afectan al mercado de la vivienda. Algunas de las más importantes son la provisión de vivienda pública social (ya sea en venta o en alquiler) o los subsidios a la oferta o la demanda de viviendas. Pero de todas ellas, quizás la política más popular y controvertida es la regulación de los alquileres. En Kholodilin (2022) se hace un extenso repaso histórico de esta política (de la que ya hay evidencias durante el

imperio romano) y de toda la literatura económica alrededor de la misma. De hecho, hay pocas políticas económicas que generen un acuerdo mayor entre en la comunidad científica que aquellas de limitación de los precios del alquiler (Jenkins, 2009). Tanto si se trata de controles de alquileres de primera generación (los alquileres se congelan) como si son de tercera generación (donde se fija el precio libremente, pero o se prohíbe el aumento durante la duración del contrato o este se ancla a un índice de referencia). El consenso es mayoritario entre economistas, tanto desde el punto de vista de la eficiencia como desde el punto de vista de la equidad, se trata de una política que genera muchas distorsiones y, sobretodo, tiene unos importantes efectos en la oferta de viviendas en alquiler.

En términos de eficiencia, son diversos los motivos que la literatura científica aduce en contra de la limitación alquileres (Whitehead, 1999; Arnott and Igarashi, 2000; McDonald and McMillen, 2010; Brueckner, 2011). En primer lugar, la reducción del gasto para mantener sus viviendas por parte de los propietarios que es el resultado natural de la limitación en los alquileres, y así de los beneficios derivados de las viviendas de alquiler. En ausencia de expectativas de ingresos, el propietario reduce costes y se reducen, por lo tanto, los incentivos a invertir en nuevas viviendas destinadas al alquiler (Sims, 2007). Asimismo, se produce una asignación inadecuada entre las personas a alojar y los propios alojamientos (Glaeser and Luttmer, 2003). Y todo esto para conseguir un efecto ambiguo en los alquileres y los colectivos a los que se pretende proteger.

El motivo más citado para justificar una limitación de precios es la intención de impedir una supuesta redistribución de renta y riqueza de los inquilinos a los propietarios de viviendas (Arnott, 1995; Brueckner, 2011). Sin que resulten importantes las economías de escala y sin barreras de entrada, el mercado del alquiler si no es competitivo, se acerca mucho más que otros, lo que imposibilita una tasa de rendimiento mayor que la competitiva (Olsen, 1982, 1998). Además, redistribuir de los propietarios a los inquilinos, utilizando el control de alquileres como un impuesto implícito sobre el valor del capital residencial es, como mínimo, un mecanismo bastante imperfecto. Para empezar, no todos los inquilinos acceden a una vivienda controlada, con lo que hay inquilinos «afortunados» e inquilinos «desafortunados» divididos por un umbral un tanto arbitrario: las ganancias de renta, si existen, se distribuyen de forma aleatoria. A esto hay que añadir que el instrumento es muy impreciso: ni todas las familias que acceden a un alquiler controlado son de renta baja, ni todas las familias que no acceden a un alquiler controlado, ni siquiera las que son propietarias, son de renta alta. Por último, es imprescindible considerar efectos adversos a largo plazo sobre los inquilinos potenciales, que no llegarán a serlo si los controles afectan la oferta privada de vivienda de alquiler (García, 2019).



La evidencia empírica también es amplia: New York (Sims, 2007), Boston (Autor, Palmer and Pathak, 2014), Estocolmo (Andersson and Söderberg, 2012) San Francisco (Diamond, McQuade and Qian, 2019) o Argentina (Jacobó and Kholodilin, 2022) son algunos ejemplos de estudios que muestran empíricamente los resultados anteriores. Este último trabajo referido a San Francisco (Diamond, McQuade and Qian, 2019), muestra que el control de precios del alquiler redujo la oferta de vivienda de alquiler en un 15 % e incrementó los alquileres en un 5,1 %. Berlín es probablemente el caso sobre el que hay más literatura en los últimos años. La mayoría de autores encuentran un efecto menor sobre los alquileres regulados, solo al principio y concentrado en los más caros (Deschermeier *et al.*, 2016), un grupo que puede estar a su vez definido por características intrínsecas al inmueble (zona, tamaño). Mense *et al.*, (2018) encuentran una reducción en los precios de los alquileres, aunque solo en el segmento controlado y Hahn *et al.*, (2021) muestran que se han reducido los alquileres en el segmento controlado, pero a costa de una reducción sustancial en el parque de viviendas ofertadas. Monras y Montalvo (2024) también muestran una reducción del precio del alquiler y una caída de los nuevos contratos de alquiler en el caso de la limitación de los precios del alquiler que comenzó en Cataluña en septiembre de 2020. Ello ha producido que se haya trasladado la demanda hacia las ciudades no reguladas cercanas a Berlín, aumentando los precios en las mismas. Una evidencia similar se puede ver en Dolls *et al.*, (2021). Sin embargo, en todos los casos la reforma tiene otros efectos negativos como la reducción del valor de las viviendas para el segmento controlado y un aumento en alquileres y rentas del sector no regulado. La oferta de alquileres regulados se reduce y aumenta la de alquileres sin regular. De hecho, dos tercios de las ofertas de pisos de alquiler están por encima del máximo fijado por ley. La evidencia empírica más reciente es la de Breidenbach *et al.*, (2022) sobre el control de rentas alemán. Reportan una reducción de precios del 5 % alcanzados al principio y que se desvanecen al año y medio. Asimismo, reportan efectos heterogéneos en función del tamaño de la vivienda y el barrio. Por último, se vuelve a observar una evidencia en términos de los efectos al respecto de la calidad de las viviendas alquiladas, que disminuyen a partir de la implementación del control de alquileres.

## 7. CONCLUSIÓN

A lo largo del capítulo se ha caracterizado el mercado de la vivienda en España, en especial el mercado de la construcción que, aunque ha perdi-



do peso en el PIB, mantiene un peso importante en la economía española (alrededor del 6 %). En esta sección se han enumerado los factores que determinan la demanda de viviendas tanto la demanda potencial (aspectos relacionados con la demografía e institucionales) como la demanda efectiva (aspectos económicos). Asimismo, se ha descrito la oferta y el cambio en la tipología de empresas del sector una vez superada la crisis financiera. A continuación se ha analizado la tenencia de la vivienda, que en España, aun siendo principalmente la propiedad, se ha moderado con fuerza en la última década, hasta el punto que tiene un fuerte componente generacional, pues los jóvenes, actualmente, mayoritariamente alquilan. En este sentido, se han analizado las consecuencias de la propiedad. La siguiente sección analizó la financiación de la vivienda, con especial atención al mercado hipotecario. Un mercado hipotecario español que también redujo su actividad a partir de la crisis financiera y mutó hacia un mercado donde las hipotecas de tipo de interés fijo ganaron importancia. Incluso así, un aumento importante en los tipos de interés oficiales, afecta al mercado, reduciendo su actividad e introduciendo vulnerabilidad en algunos hipotecados.

En esa sección se ha evaluado también la importancia de las tasaciones que constituyen un factor fundamental para la estabilidad financiera, ya que la calidad de las tasaciones afecta directamente al riesgo bancario. En este sentido se han evaluado los cambios acontecidos durante la crisis financiera producto de una excesiva dependencia de las tasadoras respecto a las entidades de crédito. Finalmente se ha evaluado la fiscalidad de la vivienda, una de las principales vías en las que el sector público interviene en materia de vivienda, materia en la que tradicionalmente el sector público interviene con fuerza. Analizamos los gravámenes tanto en el momento de la adquisición, como en el momento de la venta como durante la tenencia del bien. Así se ha visto un cierto tratamiento favorable a la vivienda respecto a otros activos alternativos y a la vivienda en propiedad (al menos históricamente) respecto a la vivienda en régimen de alquiler.

En cuanto al futuro, el sector parece que mantiene un peso y una evolución mucho más estable tras la crisis financiera. El peso del sector es similar al que tienen otras economías europeas y la evolución de precios y transacciones, muestran a un mercado con una pequeña sobrevaloración (Delgado Tejero, 2022) que para nada ha sido similar a la de otros países (International Housing Observatory). Adicionalmente, en cuanto al papel del sector público, la experiencia internacional nos muestra que un exceso de vivienda en propiedad supone un freno al crecimiento económico y tiene consecuencias adversas en términos de empleo. Sin embargo, el desequilibrio generacional actual, donde las generaciones más jóvenes se

concentran en un mercado del alquiler tensionado y escaso y las mayores en la propiedad, necesita de un sector público que apueste presupuestariamente en el mercado de la vivienda con viviendas sociales, incentivos al alquiler y ayudas a la compra para las generaciones más jóvenes en la línea de los programas *help to buy*. La regulación, al ir en contra de la oferta de pisos en alquiler (presentes y futuros), no parece, a la luz de la evidencia científica internacional una propuesta que mejore la situación actual del mercado.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- AKIN, O., *et al.* (2014), «The real estate and credit bubble: evidence from Spain», *SERIEs*. Springer Berlin Heidelberg, 5(2-3), pp. 223-243. doi: 10.1007/s13209-014-0115-9.
- ANDERSSON, R., y SÖDERBERG, B. (2012), «Elimination of rent control in the Swedish rental housing market: why and how?», *Journal of Housing Research*. Taylor & Francis, 21(2), pp. 159-181.
- ARNOTT, R. (1995), «Time for revisionism on rent control?», *Journal of economic perspectives*, 9(1), pp. 99-120.
- ARNOTT, R., y IGARASHI, M. (2000), «Rent control, mismatch costs and search efficiency», *Regional Science and Urban Economics*. Elsevier, 30(3), pp. 249-288.
- AUTOR, D. H.; PALMER, C. J., y PATHAK, P. A. (2014), «Housing market spillovers: Evidence from the end of rent control in Cambridge, Massachusetts», *Journal of Political Economy*. University of Chicago Press Chicago, IL, 122(3), pp. 661-717.
- BERGIN, A., y GARCIA RODRIGUEZ, A. (2020), «Regional demographics and structural housing demand at a county level. ESRI Research Series 111 December 2020.»
- BLANCHFLOWER, D., y OSWALD, A. J. (2013), «Does High Home-Ownership Impair the Labor Market», *Peterson Institute for International Economics Working Papers*, 13(3).
- BOVER, O.; TORRADO, M., y VILLANUEVA, E. (2019), «The loan to value ratio for housing in Spain over the period 2004-2016», *Banco de Espana Article*, 3, p. 19.
- BRACKE, P.; HILBERT, C., y SILVA, O. (2012), «Homeownership and Entrepreneurship», *Spatial Economics Research Centre Discussion Papers*, 103.
- BREIDENBACH, P.; EILERS, L., y FRIES, J. (2022), «Temporal dynamics of rent regulations-The case of the German rent control», *Regional Science and Urban Economics*. Elsevier, 92, p. 103737.
- BRUECKNER, J. K. (2011), *Lectures on urban economics*. MIT press.
- CLOYNE, J., *et al.* (2017), *The effect of house prices on household borrowing: A new approach*. National Bureau of Economic Research.
- DELGADO TEJERO, M. (2022), «El sistema de tasación hipotecaria en España».
- DESCHERMEIER, P., *et al.* (2016), «A first analysis of the new German rent regulation», *International Journal of Housing Policy*. Taylor & Francis, 16(3), pp. 293-315.





- DIAMOND, R.; McQUADE, T., y QIAN, F. (2019), «The effects of rent control expansion on tenants, landlords, and inequality: Evidence from San Francisco», *American Economic Review*, 109(9), pp. 3365-3394.
- DOLING, J.; VANDENBERG, P., y TOLENTINO, J. (2013), «Housing and housing finance-A review of the links to economic development and poverty reduction», *Asian Development Bank Economics Working Paper Series*, (362).
- DOLLS, M., *et al.* (2021), «Un año de límite de alquiler:¿ Cómo se ha desarrollado el mercado inmobiliario de Berlín?»
- DOMÉNECH, R. (2011), «El impacto económico de la construcción y de la actividad inmobiliaria», *BBVA Research*.
- GARCÍA-VAQUERO ÁLVARO, V., y MARTÍNEZ PAGÉS, J. (2005), «Fiscalidad de la vivienda en España», *Documentos Ocasionales/Banco de España*, 0506. Banco de España.
- GARCÍA, M.-Á. L. (2019), «Vivienda y política pública: objetivos e instrumentos», *Documento de Trabajo*, 7.
- GLAESER, E. L., y LUTTMER, E. F. P. (2003), «The misallocation of housing under rent control», *American Economic Review*, 93(4), pp. 1027-1046.
- HAHN, A. M.; KHOLODILIN, K. A., y WALTL, S. R. (2021) «Forward to the Past: Short-term effects of the rent freeze in Berlin». DIW Berlin Discussion Paper.
- HARTMANN, P. (2015) «Real estate markets and macroprudential policy in Europe», *Journal of Money, Credit and Banking*. Wiley Online Library, 47(S1), pp. 69-80.
- JACOBO, A. D., y KHOLODILIN, K. A. (2022), «One hundred years of rent control in Argentina: Much ado about nothing», *Journal of Housing and the Built Environment*. Springer, 37(4), pp. 1923-1970.
- JENKINS, B. (2009), «Rent control: Do economists agree?», *Econ journal watch*, 6(1).
- KHOLODILIN, K. A. (2022), *Rent control effects through the lens of empirical research*. DIW Roundup: Politik im Fokus.
- LA PAZ, P. T. DE (2005), «Structural Changes in the Spanish Housing Market and their Implications for Housing Policy».
- LÓPEZ GÓMEZ, M. Á., y MATEA ROSA, M. DE LOS L. (2020), «El sistema de tasación hipotecaria en España: una comparación internacional», *Documentos ocasionales/Banco de España*, 2010. Banco de España.
- MATEA ROSA, M. DE LOS L., y SÁNCHEZ CARRETERO, C. (2015), «Creación de hogares y necesidades de vivienda nueva principal a medio plazo», *Boletín económico/Banco de España*, octubre 2015, p. 39-53.
- MCDONALD, J. F., y McMILLEN, D. P. (2010), *Urban economics and real estate: theory and policy*. John Wiley & Sons.
- MENSE, A.; MICHELSEN, C., y KHOLODILIN, K. (2018), «Empirics on the causal effects of rent control in Germany». Kiel, Hamburg: ZBW-Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft.
- MONRAS, J. y MONTALVO, J. G. (2024), «The effect of rent controls along the excess price distribution», CEPR Discussion Paper 20018.



- MONTALVO, J. G. (2009), «Financiación inmobiliaria, burbuja crediticia y crisis financiera. Lecciones a partir de la recesión de 2008-09», *Papeles de Economía Española*, 122, pp. 66-87.
- MONTALVO, J.G. (2006), «Deconstruyendo la burbuja inmobiliaria», *Papeles de Economía Española*, 109, 44-75, 2006.
- MONTALVO, J.G. (2004), «Políticas públicas y precio de la vivienda», *Cuadernos de Información Económica*, 178, 60-65.
- MONTALVO, J.G. (2003), «La vivienda en España: desgravaciones, burbujas y otras historias», *Perspectivas de Sistema Financiero Español*, 78, 1-43.
- MONTALVO, J. G., y MAS, M. (2000), *La vivienda y el sector de la construcción en España*. Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas.
- MONTALVO, J. G., y RAYA, J. M. (2018), «Constraints on LTV as a macroprudential tool: a precautionary tale», *Oxford Economic Papers*. Oxford University Press, 70(3), pp. 821-845.
- MUNCH, J. R.; ROSHOLM, M., y SVARER, M. (2006), «Are Homeowners Really More Unemployed?», *The Economic Journal*. Blackwell Publishing Ltd, 116(514), pp. 991-1013. doi: 10.1111/j.1468-0297.2006.01120.x.
- OLSEN, E. O. (1982), *Role of Government in the Housing Sector*. University of Virginia.
- (1998) «Economics of rent control», *Regional Science and Urban Economics*. Elsevier, 28(6), pp. 673-678.
- ORTEGA, E.; RUBIO, M., y THOMAS, C. (2011), *House purchase versus rental in Spain*. Banco de España. Available at: <http://ideas.repec.org/p/bde/wpaper/1108.html>.
- OSWALD, A. (1999), *The Housing Market and Europe's Unemployment: A Non-technical Paper\**. Warwick: Warwick University. Available at: <http://www.oxfordscholarship.com/10.1093/acprof:oso/9780199543946.001.0001/acprof-9780199543946-chapter-3>.
- PAREJA, M., y SAN MARTÍN, I. (2002), «The Tenure Imbalance in Spain: The Need for Social Housing Policy», *Urban Studies*, 39(2), pp. 283-295. doi: 10.1080/00420980120102975.
- RAYA, J., y GARCIA, J. (2012), «Which Are the Real Determinants of Tenure? A Comparative Analysis of Different Models of the Tenure Choice of a House», *Urban Studies*, 49(16), pp. 3645-3662. doi: 10.1177/0042098012446998.
- RAYA, J. M., y GARCIA VILLAR, J. (2006), «La fiscalidad sobre la renta y el régimen de tenencia de la vivienda: un análisis empírico para el caso español», *Papeles de economía española*, 109, pp. 198-213.
- RAYA, J. M., y KUCIEL, A. (2015), «Did Housing Taxation Contribute to Increase Riskier Borrowing?», *The Journal of Real Estate Finance and Economics*, pp. 1-24.
- SAN MARTÍN, I. (2000), «Accesibilidad de la vivienda en los países del área euro.», in *Problemas de acceso al mercado de la vivienda en la Unión Europea*. Tirant lo Blanch, pp. 179-204.
- SIMS, D. P. (2007), «Out of control: What can we learn from the end of Massachusetts rent control?», *Journal of Urban Economics*. Elsevier, 61(1), pp. 129-151.

WHITEHEAD, C. M. E. (1999), «Urban housing markets: theory and policy», *Handbook of regional and urban economics*. Elsevier, 3, pp. 1559-1594.



## **Sección 4**

### **Vivienda como objeto de derechos**

## IV

### GARANTÍAS EN EL ACCESO Y LA TENENCIA DE LA VIVIENDA

## A. La protección del adquirente de vivienda por incumplimiento de los deberes de información precontractual

**Loreto Carmen Mate Satué\***

*Profesora permanente laboral de Derecho civil  
Universidad de Zaragoza  
matesatue@unizar.es*

**Resumen:** *En este trabajo se pretende exponer la dificultad que tiene la adopción de medidas normativas estatales sobre la vivienda por el reparto competencial existente en esta materia con las Comunidades Autónomas. En el ámbito de los deberes de información precontractual, se analizan los aspectos positivos y negativos que presenta la regulación de estas obligaciones en el contrato de compraventa de vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda y, a falta de un régimen específico sobre las consecuencias en el ámbito negocial de su incumplimiento, se examina la posible adaptación de estos remedios tras la aprobación de la Ley por el derecho a la vivienda.*

---

\* Este trabajo se ha desarrollado en el ámbito del Proyecto «Consumidor, vulnerabilidad y vivienda sostenible» (PID2021-125149NB-I00) del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y del Grupo de Investigación del Gobierno de Aragón sobre «Gestión Jurídica de Negocios, Instrumentos y Organizaciones Innovadores (LEGMIBIO)». El capítulo se adscribe, igualmente, a las actividades investigadoras del «Instituto Universitario de Investigación en Empleo, Sociedad Digital y Sostenibilidad (IEDIS)».



**Palabras clave:** *Vivienda; compraventa de vivienda; información precontractual; remedios.*

**Abstract:** *This paper aims to expose the difficulties involved in adopting state regulatory measures regarding housing due to the existing distribution of competencies in this matter with the Autonomous Communities. In the area of pre-contractual information duties, it analyzes the positive and negative aspects of the regulation of these obligations in the real estate sale contract under the Law on the Right to Housing. In the absence of a specific regime regarding the consequences of non-compliance in the business realm, it examines the possible adaptation of these remedies through the approval of the Law on the Right to Housing.*

**Keywords:** *Housing; home purchase; pre-contractual information; regulatory remedies.*

**Sumario:** 1. Naturaleza y características del marco normativo de la información precontractual en la compraventa de viviendas. 1.1 La relación entre la normativa estatal y la autonómica en materia de información precontractual en la compraventa de vivienda. 1.2 El distinto ámbito subjetivo de aplicación del RD 515/1989 y de la LDV. 1.3 La inadecuación del tratamiento unitario de la obligación de información a la compraventa y el arrendamiento. 1.4 La articulación, la extensión y el contenido de la obligación de información precontractual en el contrato de compraventa de vivienda. 2. La protección del adquirente de vivienda por incumplimiento de los deberes de información precontractual: en especial, a través del Derecho de obligaciones y contratos. 2.1 La responsabilidad precontractual si el comprador no adquiere la vivienda por infracción del deber de información precontractual. 2.2 La integración del contrato: Código Civil, LGDCU y RD 515/1989. 2.3. La infracción de la obligación de información precontractual y los vicios en el consentimiento: error y dolo. 3. Breve recapitulación. Bibliografía.

## 1. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL MARCO NORMATIVO DE LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN LA COMPRAVENTA DE VIVIENDAS

La adquisición de una vivienda constituye para la mayoría de las personas el negocio más oneroso que van a celebrar en su vida. El objeto del contrato de compraventa se encuentra revestido de una complejidad técnica en cuanto a su estado, características, acabados, pero también jurídica, por el marco normativo aplicable en el que pueden converger normas



estatales y autonómicas y, porque con frecuencia, se plantea la necesidad de celebrar, simultáneamente, un contrato de préstamo con garantía hipotecaria sobre la propia vivienda que se está adquiriendo.

Estas razones justifican que la información precontractual se convierta en el principal instrumento que tiene el consumidor para conocer la vivienda, compararla con otros inmuebles y formarse una opinión consciente sobre si le conviene o no, la celebración del contrato<sup>(1)</sup>.

El marco normativo del deber de información precontractual en la compraventa de vivienda está compuesto, a nivel estatal, por la LGDCU cuando la compraventa de vivienda tenga la consideración de «relación de consumo» —en especial, los artículos 8 d), 18, 60, 64 y 89.3<sup>(2)</sup>— y, específicamente en materia de vivienda por la LDV (arts. 30 y 31) y por el RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas (en adelante, RD 515/1989)<sup>(3)</sup>. Por su parte, las Comunidades Autónomas que tienen asumida su competencia en materia de consumo y/o de vivienda, pueden en el ejercicio de su competencia dictar normas de aplicación directa en su territorio sobre este deber de información precontractual.

### 1.1 La relación entre la normativa estatal y la autonómica en materia de información precontractual en la compraventa de vivienda

La asunción por parte de las Comunidades Autónomas de competencias en materia de vivienda y de consumo justifica el carácter supletorio que tiene en el ámbito de la compraventa de vivienda tanto el RD 515/1989 (*vid.* disposición adicional 2.<sup>a</sup>) como la LDV (art. 1.1).

---

(1) *Vid.* HITA FERNÁNDEZ, M. C., *La protección del consumidor en la compraventa y arrendamiento de vivienda*, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 43-44 y CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La información al consumidor en la compraventa y en el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Madrid, 1994, p. 70.

(2) MIRANDA SERRANO, L. M., y PANIAGUA ZURERA, M., «La protección de los consumidores y usuarios en la fase previa a la contratación: la tutela de la libertad negocial» Miranda Serano, L. M. y Pagador López, J. (coords.) *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, 2012, p. 92, advierten de que el Derecho de los consumidores parte de la preexistencia de una situación de asimetría, de desigualdad o de desequilibrio informativo que aumenta por la complejidad del tráfico jurídico y económico y que se trata de paliar con la imposición a los empresarios y profesionales de deberes de información precontractual basados en la buena fe.

(3) El RD 515/1989 y la LDV tienen carácter supletorio para las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencia en materia de vivienda o protección a los consumidores. No obstante, en el RD 515/1989 no tienen carácter supletorio el artículo 3.2 y el artículo 10, equivalentes, al artículo 61 y 82 ss de la LGDCU, porque se consideran comprendidos en la competencia estatal exclusiva sobre Derecho civil (*vid.* disposición adicional segunda del RD 515/1989).



La aprobación de la LDV –y su carácter supletorio– ha requerido que las Comunidades Autónomas que tienen competencia en materia de vivienda realicen adaptaciones en su normativa, en atención a las novedades que ha incorporado la LDV, por ejemplo, el concepto de «gran tenedor» [art. 3k) de la LDV] o la «zona de mercado tensionado» (art. 18 de la LDV). En concreto, en Cataluña que ha adoptado ambas novedades resultaba preciso realizar una adaptación de la Ley 18/2007, del derecho a la vivienda. Esta adaptación se efectuó por el Decreto Ley 6/2024, de 24 de abril, de medidas urgentes en materia de vivienda –publicado en el DOGC, el 25 de abril de 2024–.

Este Decreto Ley 6/2024 modificaba la Ley 18/2007 en relación con las obligaciones de información en la oferta, el contenido del contrato de arrendamiento y los derechos de los arrendatarios para su adaptación a la LDV. No obstante, mediante Acuerdo de la Diputación permanente del Parlamento de Cataluña, en sesión celebrada el 23 de mayo de 2024, este Decreto Ley no fue convalidado y, en consecuencia, se derogó. Sin embargo, el Decreto Ley 1/2025, de 28 de enero de medidas urgentes en materia de contención de rentas, ha establecido adaptaciones sobre la información precontractual en el ámbito del arrendamiento. Entre otros, afecta al artículo 61 de la Ley 18/2007.

Por su parte, en Aragón existe un Proyecto de Ley de Vivienda de Aragón<sup>(4)</sup>. En el Anteproyecto de esta Ley, los artículos 22 a 31 del se ocupaban de las obligaciones de información precontractual. El Anteproyecto estaba inspirado por la LDV (*vid.* artículo 22 del Anteproyecto y su similitud con el artículo 30 de la LDV), estableciendo previsiones más detalladas que la LDV, al atender a las especialidades sobre información para las viviendas en construcción (art. 24 del Anteproyecto), para la transmisión de viviendas ya terminadas (art. 25 del Anteproyecto), de viviendas promovidas por sociedades cooperativas (art. 26 del Anteproyecto), para segundas y posteriores transmisiones de vivienda (art. 27 del Anteproyecto), incluso en materia de información sobre préstamos hipotecarios y otras formas de financiación de la vivienda, y servicios accesorios (art. 31 del Anteproyecto). Además, hace una previsión específica para la obligación de información en el contrato de arrendamiento (art. 28 del Anteproyecto), que no tiene precepto análogo en la LDV.

En el Proyecto de Ley de Vivienda de Aragón las previsiones del Anteproyecto se han visto reducidas a dos preceptos, el art. 54 sobre derecho a información pública y el art. 55 sobre información mínima en ope-

---

(4) El texto del Proyecto de Vivienda de Aragón, se encuentra disponible en el siguiente enlace: [https://bases.cortesaragon.es/bases/boca2.nsf/\(BOCAID\)/1F3F67DCEDB0AF3DC1258C1A003AF3C3?OpenDocument](https://bases.cortesaragon.es/bases/boca2.nsf/(BOCAID)/1F3F67DCEDB0AF3DC1258C1A003AF3C3?OpenDocument) [última consulta: abril de 2025].

raciones de compra y arrendamiento. En concreto el art. 55 del Proyecto recoge información exigida por el RD 515/1989 y por la LDV.

Este reparto competencial dificulta que el legislador pueda efectuar políticas homogéneas sobre vivienda a largo plazo, porque la LDV y el RD 515/1989 tiene carácter supletorio frente a la normativa autonómica en esta materia.

## 1.2 El distinto ámbito subjetivo de aplicación del RD 515/1989 y de la LDV

La siguiente cuestión que debe advertirse es la ampliación del ámbito subjetivo que realiza la LDV sobre los sujetos obligados a la información precontractual frente al RD 515/1989. Este Reglamento determina en el artículo 1, que será de aplicación a la oferta promoción y publicidad que se realice para la venta o arrendamiento de viviendas, siempre que estos contratos se celebren en el seno de una «relación de consumo».

Esta previsión excluía de la obligación de información precontractual los contratos de compraventa celebrados entre particulares o entre empresarios o profesionales o, en los que el destino del inmueble estuviese vinculado con un propósito relacionado con la actividad comercial, empresarial, oficio o profesión del comprador. La situación descrita propugnaba un cambio<sup>(5)</sup>, que se ha materializado en el artículo 30.1 b) de la LDV.

El artículo 30.1 b) de la LDV ha ampliado la obligación de información precontractual en los contratos de compraventa de vivienda a los supuestos que no podían considerarse «relaciones de consumo», pues ha establecido como acreedores del deber de información «a las personas demandantes, adquirentes o arrendatarias de vivienda, o en cualquier otro régimen jurídico de tenencia y disfrute» y como deudores de este deber, salvando el silencio normativo existente hasta la aprobación de esta Ley<sup>(6)</sup>— a «todos los agentes que, operando en el sector de la edificación y rehabilitación de viviendas y la prestación de servicios inmobiliarios, que se encuentren facultados para la transmisión, el arrendamiento y la cesión de las viviendas en nombre propio o por cuenta ajena». A modo ilustrativo, el precepto enumera a los promotores, personas propietarias y otras titulares de derechos reales, agentes inmobiliarios y administradores de fincas.

---

(5) En esta línea, se ha pronunciado MARTENS JIMÉNEZ, I., «Propuestas de introducción de nuevos tipos de arrendamientos de vivienda en el Código Civil», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 4, 2021, p. 93.

(6) *Vid.* ALONSO PÉREZ, M. T., *Las obligaciones legales de información precontractual en la compraventa de vivienda: a través del laberinto normativo, estatal y autonómico, en materia de vivienda y de consumo*, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 101 ss.

La ampliación de los sujetos obligados a proporcionar información precontractual en el contrato de compraventa permite, además, dar por concluido el debate<sup>(7)</sup> sobre si los contratos celebrados entre particulares en los que interviene para su formalización un agente de la propiedad inmobiliaria, estaban sujetos a la normativa de protección de consumidores y, por tanto, eran deudores de la obligación de información precontractual *ex* LGDCU y RD 515/1989.

### 1.3 La inadecuación del tratamiento unitario de la obligación de información a la compraventa y el arrendamiento

Si bien hay preceptos del RD 515/1989 que se aplican indistintamente a los contratos de compraventa y de arrendamiento (*vid.* artículos 3, 4 y 10 del RD 515/1989), este Reglamento con buen criterio establece previsiones especiales aplicables a la celebración de contratos de compraventa de vivienda (*vid.* artículos 5, 6 y 9 del RD 515/1989). Esta diferenciación entre modalidades contractuales se establece igualmente para la Comunidad Autónoma de Cataluña, en la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en la que se regula la información precontractual en la venta dentro del artículo 60 y la relativa al arrendamiento en el artículo 61. En cambio, en el Proyecto de Ley de Vivienda de Aragón, el artículo 55 hace referencia de forma unitaria a la información mínima en operaciones de compra y arrendamiento.

La distinción entre modalidades contractuales resulta esencial porque la carga económica y la duración de un contrato de compraventa y de un contrato de arrendamiento no resultan equiparables. Estas diferencias justifican que no se deba proporcionar una información homogénea para los dos tipos de contratos. A modo ejemplificativo, el RD 515/1989 establece obligaciones específicas de información para la promoción de venta de vivienda, sobre la información del precio de venta o cuando la vivienda no se encuentra terminada. Por su parte, la Ley 18/2007 adecúa el contenido de la información a suministrar según el tipo de contrato que vaya a celebrarse.

---

(7) Se muestra partidaria de reconocer esta obligación de información precontractual a los agentes de la propiedad inmobiliaria ALONSO PÉREZ, M. T., *Las obligaciones legales de información precontractual...*, *op. cit.*, 2010, p. 130. Mientras que, CABALLÉ FABRA, G., *La intermediación inmobiliaria ante los nuevos retos de la vivienda*, Valencia, 2020, pp. 361-363, rechaza que en los supuestos en los que únicamente el vendedor o arrendador o, únicamente, el comprador o arrendatario contratan los servicios de intermediario inmobiliario, puedan considerarse una «relación de consumo».

En cambio, la LDV en su artículo 31 establece, sin perjuicio de la normativa autonómica de aplicación, una serie de información unitaria que se debe proporcionar bajo requerimiento de la persona interesada en la compra o en la celebración de un contrato de arrendamiento de una vivienda. Esta previsión normativa no atiende a las especificidades de cada tipo de contrato y, además, la información que se enumera en el precepto resulta más coherente respecto al contrato de compraventa que para el contrato de arrendamiento. Esta valoración resulta también extensiva a la previsión contenida en el artículo 55 del Proyecto de Ley de vivienda en Aragón.

#### 1.4 **La articulación, la extensión y el contenido de la obligación de información precontractual en el contrato de compraventa de vivienda**

La primera cuestión que debe atenderse cuando hacemos referencia al contenido del deber de información precontractual en el contrato de compraventa es que el deudor de esta obligación únicamente está obligado a tener la información a disposición del público o de las autoridades competentes (*vid.* artículos 4 a 7 del RD 515/1989) o, a proporcionarla bajo requerimiento de la persona interesada en la celebración de un contrato de compraventa o de arrendamiento (art. 31.1 de la LDV).

A la luz de estos preceptos, se plantea si el deudor de la obligación de información precontractual adopta una situación de pasividad en el suministro de la información precontractual. De modo que, se convertiría en una obligación limitada porque la citada normativa exige a los agentes que intervienen en la operación de compraventa adopten una actitud activa en el suministro de la información, solo están obligados a prestarla en la medida en la que se les requiera la información establecida normativamente. Hasta la aprobación de la LDV, se había defendido que en tanto que el artículo 60.1 párrafo primero de la LGDCU dispone el deber del empresario de «facilitar de forma clara, comprensible y accesible, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas», el RD 515/1989 debía interpretarse a la luz de lo referido en la LGDCU y, por tanto, podría serle exigible al deudor un comportamiento activo en el suministro de la información<sup>(8)</sup>. Sin embargo, esta interpretación no encaja con el tenor del artículo 31.1 de la LDV.

Propiamente, en la LDV dentro de los derechos e información básica a suministrar en las operaciones de compraventa –y, también de arrenda-

---

(8) *Vid.* ALONSO PÉREZ, M. T., *Las obligaciones legales de información precontractual...*, *op. cit.*, 2010, p. 137.

miento—, se establece como derechos de las personas demandantes de vivienda, el de recibir información, incluida la suministrada por medios publicitarios, en formato accesible para personas con discapacidad o dificultades de comprensión, que sea completa, objetiva, veraz, clara, comprensible y accesible, sobre las características de las viviendas, sus servicios e instalaciones y las condiciones jurídicas y económicas de su adquisición [art. 30.1 b) de la LDV]. Este artículo se sitúa en la línea de lo dispuesto con carácter general en el artículo 60.1 párrafo segundo de la LGDCU. Sin embargo, especifica en el ámbito de la compraventa y el arrendamiento de vivienda esta exigencia prevista con carácter general en la LGDCU para las «relaciones de consumo».

Otro de los aspectos sobre los que es necesario prestar atención es que la ampliación del ámbito subjetivo de la obligación de información contractual limitado exclusivamente a las «relaciones de consumo» en el RD 515/1989 se ha ampliado a cualquier tipo de contrato de compraventa por la LDV. Esta cuestión que resulta positivamente valorable, presenta un óbice que es la idéntica extensión de este deber en la LDV a los vendedores profesionales que a los particulares que no actúan dentro de su ámbito profesional o empresarial. A *priori*, parecería más razonable que la extensión del deber de información precontractual fuera mayor en los primeros que en los segundos. Incluso, a tenor de la literalidad del artículo 60 de la LGDCU y del artículo 30.1 b) de La LDV, la posibilidad de exigir a los operadores profesionales que suministren una información comprensible y adaptada a las circunstancias, sin que, en ningún caso, suponga la limitación o reducción del contenido de la información que normativamente debe suministrarse.

La articulación del artículo 30.1 a) de la LDV sobre el reconocimiento de la obligación de información no resulta adecuada en términos de técnica legislativa. Este apartado señala que son derechos de las personas demandantes, adquirentes o arrendatarias de vivienda, o en cualquier otro régimen jurídico de tenencia o disfrute, los reconocidos en el texto refundido de la LDCU y en la legislación autonómica aplicable. En mi opinión, esta previsión permite plantear la posibilidad de reconocer extensivamente a cualquier sujeto demandante de vivienda, todos los derechos reconocidos para los consumidores en el TRLGDCU y, no exclusivamente el derecho de información precontractual en los términos del artículo 60 de la LGDCU<sup>(9)</sup>.

Esta interpretación tiene su base en que el artículo 30.1 b) de la LDV regula el derecho a recibir información completa, objetiva, veraz, acce-

---

(9) En contra de esta postura ARGELICH COMELLES, C., *Ley por el derecho a la vivienda*, Navarra, 2023, p. 179 y MARTENS JIMÉNEZ, I., «Una década de reformas en el régimen arrendaticio de vivienda. Especial referencia a la reforma operada por la ley por el derecho a la vivienda», *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 19, 2023, pp. 542-543.



sible sobre las características de las viviendas, sus servicios e instalaciones y las condiciones jurídicas y económicas de su adquisición, arrendamiento, cesión o uso, en términos muy similares al artículo 60 de la LGDCU. De modo que si consideramos que el artículo 30.1 a) de la LDV se circunscribe a la información precontractual en la LGDCU, el apartado b) del referido artículo no dejaría de ser una reiteración del mismo derecho, que no justificaría la incorporación de una letra distinta en el precepto de la LDV.

El panorama descrito abre el debate de si el reconocimiento de los derechos del LGDCU a otras relaciones contractuales que no tienen la consideración de consumo, en el ámbito de los contratos de compraventa sobre viviendas, obedece realmente a una voluntad del legislador o se trata de una deficiencia de técnica legislativa.

Hay que tener en cuenta que, si bien el RD 515/1989 y la LDV enumeran el contenido de la información que debe proporcionarse al demandante de una vivienda con el objetivo de contribuir a la correcta formación de su voluntad negocial, el cumplimiento de estos deberes formales no garantiza que la prestación del consentimiento sea consciente y voluntaria<sup>(10)</sup>. Esta cuestión va a tener incidencia, en los remedios que articula el ordenamiento jurídico para su incumplimiento, anticipando en este momento que no es razonable articular un consentimiento contractual, exclusivamente sobre el cumplimiento de obligaciones formales de información precontractual.

Para justificar esta afirmación debemos hacer una categorización conjunta del contenido de los deberes de información precontractual exigibles al amparo del RD 515/1989 y de la LDV, pudiendo agruparse esta información a suministrar en cuatro categorías.

Una primera categoría agruparía los datos relativos a la identificación de las partes intervinientes, es decir, del vendedor o persona física o jurídica que intervenga como intermediaria en la operación, lo que resulta esencial no solo para identificar al sujeto deudor de la información precontractual sino también, para en caso de incumplimiento, poder atribuir la correspondiente responsabilidad. La segunda categoría gira en torno a las condiciones económicas de la operación, así es necesario informar sobre el precio total, los conceptos incluidos y las condiciones de financia-

---

(10) PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Información precontractual obligatoria, error, prácticas comerciales desleales», Carrasco Perera, A. (dir.) *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, vol. 1, 2013, p. 381. En la misma línea, CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., «Información y protección en la compraventa y el alquiler de viviendas», *Derecho de la construcción y la vivienda*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, 7.ª edición, p. 568 mantienen que los contenidos informativos de los artículos 4-8 del RD 515/1989, están sujetos al deber de que se «encuentren a disposición» del público, sin que su incumplimiento conlleve más que una sanción administrativa de consumo.

ción o pago. La información sobre el precio de la compraventa de la vivienda está especialmente regulada en el artículo 6 del RD 515/1989.

En una tercera categoría, podríamos agrupar las características esenciales de la vivienda. A tal efecto debe proporcionarse la cédula o certificado de habitabilidad y de eficiencia energética, así como proporcionar información sobre la superficie útil y la construida, la antigüedad del edificio y las principales reformas o actuaciones realizadas, los servicios e instalaciones de la vivienda y del edificio y el estado de ocupación o disponibilidad de la vivienda. En concreto, el artículo 31 de la LDV exige que el deudor de la obligación de información amplíe la misma cuando concurren en la vivienda determinadas situaciones: si la vivienda está protegida, si el edificio posee protección arquitectónica. Además, la persona interesada podrá requerir información sobre la detección de amianto u otras sustancias peligrosas o nocivas para la salud. Como cláusula de cierre se prevé que deba suministrarse cualquier otra información relevante sobre aspectos de carácter territorial, urbanístico, físico-técnico, de protección patrimonial o administrativo.

La cuarta categoría la constituiría la información sobre los aspectos jurídicos del inmueble. En este sentido, el deudor de la obligación de información deberá proporcionar la identificación registral de la finca con referencias a las cargas, gravámenes y afecciones de cualquier naturaleza y cuota de participación fijada en el título de la propiedad.

## 2. LA PROTECCIÓN DEL ADQUIRENTE DE VIVIENDA POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL: EN ESPECIAL, A TRAVÉS DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Además de las deficiencias apuntadas en apartados anteriores, ni el RD 515/1989 ni la LDV establecen en su articulado las consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de información precontractual, en el ámbito de la compraventa de vivienda. Ante esta situación debemos acudir a los remedios jurídicos establecidos con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto, resulta necesario diferenciar, por un lado, la respuesta desde el Derecho Público y, por otro, su incidencia en el Derecho Privado y, en concreto, en el ámbito negocial.

En el ámbito del Derecho Público, si el contrato de arrendamiento tiene la consideración de «relación de consumo» y, por tanto, está sujeto al cumplimiento de la LGDCU, del RD 515/1989 y de la LDV, su infracción podrá

ser objeto de sanción administrativa<sup>(11)</sup> *ex* artículo 47 g) de la LGDCU, por la Administración de consumo, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que pudiesen corresponder (*vid.* artículo 46.1 de la LGDCU). En contraposición, cuando no estemos ante una relación contractual que pueda calificarse como «relación de consumo», su infracción no estaría sujeta a este tipo de sanciones administrativas<sup>(12)</sup>.

En la esfera de Derecho privado, para abordar los posibles remedios frente a la infracción de la obligación de información precontractual en un contrato de compraventa de vivienda, hay que advertir que la información exigible al amparo del RD 515/1989 y de la LDV, es una información destinada a incidir en la correcta formación de la voluntad y si bien, puede tener consecuencias en el plano negocial, su incumplimiento no debe comportar *per se* la nulidad del contrato, porque no se trata de normas que prohíban un determinado negocio o un determinado contenido contractual.

A continuación, vamos a exponer las posibles vías aplicables frente al incumplimiento de este tipo de obligaciones precontractuales en un contrato de compraventa de vivienda. Si el vendedor a sabiendas y con ánimo de lesionar los intereses del consumidor le suministra información falsa o inexacta, el comprador podrá integrar el contenido exigible o anular el contrato por dolo. En cambio, si el vendedor omite total o parcialmente información relevante, el comprador podrá bien integrar las omisiones del contrato o, anularlo por error o dolo omisivo. Si el contrato no ha llegado a celebrarse por infracción del deber de información precontractual, sería posible plantear una reclamación por responsabilidad precontractual.

## 2.1 La responsabilidad precontractual si el comprador no adquiere la vivienda por infracción del deber de información precontractual

En el supuesto de que el demandante de la vivienda no adquiriera la vivienda por infracción de los deberes de información precontractual, sería

---

(11) Sobre la respuesta del ordenamiento jurídico en el Derecho Privado, LÓPEZ MAZA, S., «Información precontractual obligatoria en la compraventa al consumo», Carrasco Perera, A. (dir.) *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, vol. 1, 2013, pp. 462-463. PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F., «Información precontractual obligatoria...» *op. cit.* 2013, pp. 381-382 afirma que las normas que imponen al empresario deberes de información precontractual, son normas administrativas y, por tanto, la consecuencia de su incumplimiento tiene que ser una sanción administrativa, ALONSO PÉREZ, M. T., *Las obligaciones legales de información precontractual...*, *op. cit.*, 2010, p. 199.

(12) *Vid.* MOLINA ROIG, E., «Principales novedades sobre arrendamientos urbanos en la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda», *Actualidad civil*, núm. 5, 2023, p. 2 (según numeración del pdf), como alternativa a esta situación, plantea que las Comunidades Autónomas, dentro del ámbito de sus competencias, articulen un régimen sancionador.



posible plantear contra el deudor de esta obligación una demanda de responsabilidad extracontractual<sup>(13)</sup>, porque no se ha celebrado el contrato.

Para la admisión de este remedio será necesario, en primer lugar, la concurrencia de un comportamiento negligente derivado de la infracción por parte del deudor de la obligación normativa de información precontractual. A tal efecto, es necesario advertir que, el demandante, en ocasiones, tendrá dificultades para probar este extremo<sup>(14)</sup>. Este obstáculo podría quedar sorteado, en parte, si el deudor de la obligación ha sido sancionado administrativamente por infracción de esta obligación.

Además, será preciso la existencia de una relación contractual entre la infracción del deber de información precontractual y el daño causado, el cuál en todo caso deberá concurrir para que la reclamación prospere. En este sentido, el daño se articula como el pilar básico de la responsabilidad, en el sentido de que su ausencia supondrá el rechazo de la reclamación. En el caso concreto, el daño estará constituido por el *interés contractual negativo*, cuyo fundamento se encuentra en la frustración contractual y se ha identificado con los costes y pérdidas derivadas de no haber recibido la prestación en tiempo y forma<sup>(15)</sup>.

## 2.2 La integración del contrato: Código Civil, LGDCU y RD 515/1989

El fundamento de este remedio encuentra su base cuando la relación contractual tiene la consideración de «relación de consumo», en los artículos 61 y 65 de la LGDCU y en el artículo 3.2 del RD 515/1989 y, con carácter general, en el artículo 1258 del CC, que permite la integración del contrato conforme a la buena fe, al uso y a la Ley<sup>(16)</sup>.

(13) Vid. ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *La culpa in contrahendo: (tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Leioa, 1989 ssTS (1.<sup>a</sup>), de 16 de mayo de 1988 (RJ 1988, 4308) y 16 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 8978).

(14) Sobre las dificultades que tiene el demandante para demostrar la infracción de los deberes de información precontractual plantea ALONSO PÉREZ, M. T., *Las obligaciones legales de información precontractual...*, op. cit., 2010, pp. 238 ss., la posibilidad de invertir la carga de la prueba de este extremo sobre la base de la imposición al vendedor bien por imperativo legal o en virtud del principio de buena fe. En este sentido, la autora expone distintos pronunciamientos jurisprudenciales en los que se afirma que la carga de la prueba sobre la información suministrada debe recaer sobre el agente de la propiedad inmobiliaria que ha participado en la gestión de la venta.

(15) DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Incumplimiento de la obligación» LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Vol. I. Teoría General del Contrato, Barcelona, 1994, p. 208.

(16) RUBIO TORRANO, E., «Cuándo vincula al vendedor la publicidad y promoción precontractual», Carrasco Perera, A. (dir.) *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, vol. 1, 2013, p. 465, reflexiona sobre cómo el artículo 1258 del CC generalizó a todos los contratos la exi-

En el ámbito de aplicación a cualquier contrato, se atribuye al artículo 1258 del CC, una «eficacia normativa directa»<sup>(17)</sup>, de modo que no es necesario que exista una laguna contractual, sino que es suficiente con que haya un acuerdo contractual en el que se deberá atender expresamente a lo pactado y a lo que se derive de las fuentes heterónomas de integración del contrato. Además, se considera que la integración del contrato conforme a la publicidad es posible *ex* artículo 1258 del CC, en atención al principio de buena fe que reza el precepto [*vid.* STS (1.<sup>a</sup>), de 27 de enero de 1977 (RAJ 1977, 121)]<sup>(18)</sup>.

Si bien el artículo 1258 del CC puede aplicarse a cualquier relación contractual, incluidos los contratos entre empresarios<sup>(19)</sup>, lo cierto es que en la práctica de los tribunales no se ha localizado ninguna resolución en este sentido. Es habitual, en cambio, la aplicación de este precepto en supuestos de relaciones de compraventa entre empresarios y particulares en los que se frustran las expectativas de los segundos porque la entrega de la vivienda no cumple con las características expuestas en la publicidad. A modo ejemplificativo, pueden citarse, entre otras, las SSTS de 18 de febrero de 2014 (RJ 2014, 2091), 14 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 7300), 23 de julio de 2013 (RJ 2013, 5007), 29 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 5688)<sup>(20)</sup>.

En los casos en los que la relación contractual de compraventa de vivienda tiene la consideración de «relación de consumo», pueden aplicarse los artículos 61 y 65 de la LGDCU y el artículo 3.2 del RD 515/1989. En cualquier caso, para que la integración del contrato se produzca es necesario que la publicidad incorpore un contenido informativo y no meramente sugestivo o laudatorio, pues en estos casos no podría extraerse ninguna conclusión sobre el contenido de la prestación que eventualmente pueda contratarse<sup>(21)</sup>.

Dentro de la LGDCU, el artículo 61.2 de la LGDCU está previsto para la integración al contrato del contenido de la oferta, promoción o publi-

---

gencia de la buena fe como fuente de vinculación contractual, más allá de los límites del dolo y de la culpa, sin excluir el papel de la buena fe en la interpretación de los contratos.

(17) *Vid.* ATAZ LÓPEZ, J., «La buena fe contractual», BERCOVITZ, R., *Tratado de los contratos*, Tomo I, Valencia, 2009, p. 168 y LASARTE ÁLVAREZ, C., «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación», *Revista de Derecho Privado*, núm. 64, 1, 1980, p. 73.

(18) *Vid.* GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, 1994, p. 75 y MONTES RODRÍGUEZ, M. P., «De nuevo sobre el valor contractual de la publicidad en la compraventa de bienes inmuebles: de la STS de 27 de enero de 1977 a la STS de 20 noviembre de 2017», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 26, 2018, pp. 218-259.

(19) Esta postura es defendida por CARRASCO PERERA, A., *Derecho de los contratos*, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 485.

(20) En el ámbito de las Audiencias Provinciales, podemos destacar, entre otras, las SSAP de Asturias (5.<sup>a</sup>), de 23 de diciembre de 2011 (AC 2012, 66), Castellón (1.<sup>a</sup>), de 14 de diciembre de 2005 (AC 2006, 395), cuyo fundamento descansa tanto en el artículo 1258 del CC como en la LGDCU.

(21) *Vid.* CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., «Información y protección en la compraventa y el alquiler de viviendas» *op. cit.*, 2012, p. 565.



dad, en relación a las condiciones propias del bien, las condiciones jurídicas y económicas y las garantías ofrecidas. En esta línea, se pronuncia también el artículo 3.2 del RD 515/1989, al prever la integración en el contrato del contenido incluido en la oferta, promoción y publicidad. En cambio, el artículo 65 de la LGDCU posee un carácter más genérico y no limitado a la integración conforme al contenido de la oferta, promoción o publicidad, pues señala que los contratos con consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva y, reconoce expresamente que esta integración tendrá cabida en «los supuestos de omisión de información precontractual relevante».

Este remedio de la integración del contrato conforme al contenido de la oferta, promoción o publicidad, plantea una cuestión que no se encuentra resuelta normativamente y, es el supuesto de que la oferta, promoción o publicidad que justifique la integración del contrato no haya sido efectuada por el profesional o empresario que vende la vivienda, sino por un tercero. En este sentido, el artículo 61.2 de la LGDCU y el artículo 3.2 del RD 515/1989 establecen la exigibilidad del contenido de la oferta, promoción o publicidad, pero sin distinguir si ésta proviene del vendedor o de un tercero contratado para el anuncio o publicidad de la venta.

Con carácter general, se considera que la oferta, promoción o publicidad efectuada por un tercero es exigible al profesional o empresario encargado de la venta de la vivienda cuando concurren dos circunstancias. La primera, es que la información promocionada sea conocida o cognoscible para este profesional o empresario y no sea manifiestamente excluida de su aplicación al contrato, lo que sucederá cuando el contenido del contrato sea contrario a lo prometido en la publicidad o, cuando éste haya podido ser discutido y negociado individualmente. El segundo aspecto, es que se refiera a un bien comercializado por el profesional o el empresario<sup>(22)</sup>.

En el supuesto descrito se plantea si cabría algún tipo de responsabilidad frente al tercero contratado para el anuncio o publicidad de la venta que ha realizado unas declaraciones sobre el bien que no responden o no respetan el principio de veracidad. Si bien se ha considerado que entre el demandante de la vivienda y el tercero encargado de la publicidad no existe una relación contractual, que permitiera fundar una pretensión por responsabilidad contractual; lo cierto es que se ha planteado la existencia de unos «lazos contractuales», sobre la base de que el demandante de vivienda ha confiado en la información publicitada.

Ante esta situación, si bien el artículo 61 de la LGDCU no permitiría excluir la posible responsabilidad del tercero anunciante por el principio

---

(22) Vid. RUBIO TORRANO, E., «Cuándo vincula al vendedor la publicidad y promoción precontractual» *op. cit.*, 2013, pp. 467-468.

*pro consumatore* que declara el precepto, lo cierto es que la mayoría de remedios contractuales frente a la infracción del tercero anunciante no serán de utilidad frente al comprador de la vivienda.

### 2.3 La infracción de la obligación de información precontractual y los vicios en el consentimiento: error y dolo

La compraventa es el contrato en el que resulta más habitual que prosperen los vicios en el consentimiento y, en particular, sobre la vivienda por la interpretación que los órganos judiciales han realizado sobre «la sustancia de la cosa». La obligación legal de información precontractual plantea una situación contrapuesta respecto a su incidencia en los vicios del consentimiento. Por un lado, obliga a que se amplíen notoriamente los supuestos del dolo omisivo, cuando el vendedor está obligado a suministrar una información y voluntariamente la omite. Por otro, puede comportar la calificación de que el error del comprador sea «inexcusable», al recaer en un aspecto sobre el que el consumidor ha sido realmente informado<sup>(23)</sup>.

A continuación, vamos a hacer referencia, en primer lugar, al error como vicio del consentimiento *ex* artículo 1266 del CC. En los contratos onerosos y la compraventa es el paradigma, resulta preciso aunar, la importancia de la voluntad real de los contratantes con otras circunstancias como la economía del contrato, la seguridad del tráfico y la conducta de las partes<sup>(24)</sup>. Ante esta situación para que el error sea anulatorio del contrato, debe ser «esencial o sustancial» y «excusable» para quien lo alega.

La esencialidad del error se deriva del artículo 1266 del CC. Esta esencialidad debe ser valorada atendida la finalidad del contrato, cuando su objeto carece de alguna de las condiciones que justificaron su celebración. En el ámbito de la compraventa de vivienda se ha considerado que el error es esencial cuando afectan a las circunstancias jurídicas del inmueble, tales como su condición de vivienda sujeta al régimen de protección oficial, cuando concurren determinadas circunstancias urbanísticas que resultan relevantes o, cuando existe error sobre la titularidad del bien.

El segundo de los requisitos es que el error sea excusable, si bien este requisito no aparece contenido en el artículo 1266 del CC, se concreta en la

---

(23) Vid. MARÍN LÓPEZ, M. J., «Presentación», Carrasco Perera, A. (dir.) *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, vol. 1, 2013, p. 347.

(24) Vid. ASÚA GONZÁLEZ, C. I., «Remedio anulatorio y remedios específicos del régimen de compraventa», Carrasco Perera, A. (dir.) *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, vol. 1, 2013, pp. 351-352. En esta línea, afirma CARRASCO PERERA, A., *Derecho de los contratos*, *op. cit.*, 2010, p. 288, que como regla general el error contractual no anula el contrato si la otra parte se ha comprometido de buena fe y por precio.

idea de que quien alega el error no pudo evitarlo con el empleo de una diligencia de grado medio (o principio de autorresponsabilidad). Sobre esta base, se considera que el ordenamiento jurídico no debe de proteger a quien con su conducta descuidada ha favorecido el padecimiento de un error. Es en relación con este segundo requisito, el que nos obliga a reflexionar en torno al papel de los deberes de información precontractual.

La imposición de deberes de información precontractual en los que se exige que se proporcione al demandante de la vivienda una información completa sobre las condiciones de la compraventa –identificación de las partes intervinientes, condiciones económicas de la operación, características esenciales de la vivienda y aspectos jurídicos del inmueble–, debería necesariamente incidir en la valoración del requisito de la excusabilidad. Así, cuando el error se derive del incumplimiento de los deberes de información, pueda afirmarse que existe un error relevante a efectos de anular el contrato, pues el deudor de esta obligación de información precontractual no ha informado correctamente, bien porque facilitó datos falsos bien porque omitió datos ciertos<sup>(25)</sup>.

Esta postura es, no obstante, matizada en algunos casos por considerar que la imposición de los deberes de información precontractual no comporta que el demandante de la vivienda se convierta en un sujeto pasivo, al que toda la información debe serle procurada y que no deba efectuar ninguna actuación tendente a recabar datos que le permitan tomar una decisión consciente sobre si le conviene o no, la celebración del contrato<sup>(26)</sup>. En ese sentido, la facilidad del comprador para acceder a la información influye en la valoración del error como excusable o inexcusable. A modo ejemplificativo, algunos de los errores que se alegan como vicios del consentimiento en el contrato de compraventa de vivienda podrían disiparse en el caso de que el comprador hubiera consultado el Registro de la Propiedad o los planes urbanísticos que tienen naturaleza normativa<sup>(27)</sup>.

El requisito de la excusabilidad nos obliga también a reflexionar sobre el grado de diligencia que debe exigírsele al profesional que interviene en la celebración del contrato. En concreto, sobre el alcance de su obligación de información y su incidencia en la valoración del error. El nivel de diligencia exigible a los profesionales habrá de determinarse conforme al artículo 1104 del CC, de modo que podrá requerírseles una mayor diligencia acorde a esta circunstancia, al ponerse de

(25) En esta línea, GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales...*, op. cit., 1994, p. 31.

(26) Advierte de esta cuestión ALONSO PÉREZ, M. T., *Las obligaciones legales de información precontractual...*, op. cit., 2010, p. 215.

(27) Vid. BUSTO LAGO, J. M., *El control del cumplimiento de la legalidad urbanística en los contratos sobre vivienda: la compraventa de «vivienda» sin licencia*, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 168.

relieve el carácter marcadamente protector que tiene en estos supuestos el error<sup>(28)</sup>.

El otro vicio del consentimiento aplicable en este ámbito es el dolo *ex* artículo 1269 del CC. Según este precepto, «hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho». Este vicio del consentimiento puede plantearse como una de las consecuencias jurídicas derivadas de la infracción de los deberes precontractuales de información<sup>(29)</sup>.

La concurrencia del dolo como vicio del consentimiento requiere, por un lado, de un medio o acto externo que implique engaño (elemento objetivo del dolo) y una voluntad o deseo de producir un resultado dañoso (elemento subjetivo del dolo). En relación con el elemento objetivo del dolo, este puede proceder tanto de conductas positivas como omisivas. Se puede proporcionar una información que no cumpla con el principio de veracidad consagrado en los artículos 60.1 de la LGDCU y 30.1 b) de la LDV u omisiva, consistente en no suministrar la información solicitada, cuando existe una obligación legal de información.

El segundo de los requisitos del dolo es el ánimo de engañar por parte de quien realiza la actuación activa u omisiva. A tal efecto, en las compraventas entre particulares cuando no se proporcionan datos relativos al contrato por desconocimiento, se considera que no concurría el «*animus decipiendi*» necesario para apreciar la existencia de dolo. La razón radicaba en que, en estos casos, la obligación de informar no se derivaba de una obligación legal, sino del principio de buena fe contractual<sup>(30)</sup>. En contraposición, cuando en la celebración de un contrato de compraventa de vivienda interviene un profesional, el deber de información precontractual no se deriva de la buena fe, sino que se trata de una obligación de naturaleza legal. Así, la ignorancia que el profesional pueda tener sobre ciertas condiciones del contrato o de las circunstancias de la vivienda debe suplirla con una actuación activa, puesto que los profesionales dedicados a la intermediación tienen obligación de informarse y de informar sobre la vivienda que venden<sup>(31)</sup>.

Esta distinción debería desaparecer tras la aprobación de la LDV, porque como se ha expuesto *ut supra*, la ampliación del ámbito subjetivo de

(28) Vid. MORALES MORENO, A. M., *El error en los contratos*, Madrid, 1998, p. 228.

(29) Vid. ROJO AURÍA, L., *El dolo en los contratos*, Madrid, 1994, p. 287.

(30) ALONSO PÉREZ, M. T., *Las obligaciones legales de información precontractual...*, op. cit., 2010, pp. 226-228.

(31) CABALLE FABRA, G., *La intermediación inmobiliaria op. cit.* 2020, pp. 367-369 mantiene que el mediador o del corredor inmobiliario tiene una función principal que es la de mediar entre las partes para la celebración del contrato, pero entre sus obligaciones complementarias, se encuentra el deber de información y, especialmente, dentro de la fase de formación del contrato.

las obligaciones de información precontractual hace que actualmente este deber de información resulte exigible a relaciones que no tienen la consideración de «relaciones de consumo». De modo que, en los supuestos de compraventa entre particulares, estas obligaciones de información no se derivan ya de la buena fe contractual sino de una obligación legal, de tal forma que sería más difícil justificar la inexistencia del «*animus decipiendi*»; sin perjuicio, de que considero que el alcance de esta obligación no debería ser igual en el caso de que intervenga un profesional que si lo hace un particular.

Por último, para que la concurrencia de dolo constituya un vicio del consentimiento que justifique la anulación del contrato, es necesario que provoque en el adquirente de la vivienda una representación falsa de la realidad que le induzca a formalizar una contratación que, de otro modo, no efectuaría. Así, es necesario, además, que el error sea esencial y grave y, que no sea excusable.

Una vez expuestos los remedios que desde el ámbito negocial puede tener el incumplimiento de los deberes de información precontractual en la compraventa de vivienda, debemos señalar que es posible la compatibilidad de remedios salvo cuando las pretensiones sean incompatibles o posean idéntico fundamento. Hubiera sido adecuado que la LDV hubiera establecido en el ámbito de las obligaciones de información precontractual, las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de estas obligaciones, estableciendo al menos, un régimen sancionador y en el ámbito negocial, remedios específicos con el objetivo de dotar a las obligaciones de información precontractual de la virtualidad que merecen para articular la voluntad contractual de las partes y, en especial, del adquirente.

### 3. BREVE RECAPITULACIÓN

En las líneas precedentes hemos intentado poner de relieve la dificultad que supone el desarrollo de normativo de los deberes de información precontractual sobre una materia como es la vivienda, por el carácter supletorio que tiene la normativa estatal, en virtud de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, en materia de vivienda, pero también en consumo. Esta situación complica que prosperen unas políticas de vivienda a largo plazo bajo unos principios generales homogéneos para todo el territorio español, entre los que se encuentra la información precontractual como medio para la articulación de la voluntad contractual.

La LDV ha suplido algunas de las deficiencias que en el ámbito de las obligaciones precontractuales de información planteaba el RD 515/1989 y



que eran reivindicadas por la doctrina, tales como, la ampliación de su exigibilidad a supuestos que no tienen la consideración de «relaciones de consumo» o, la concreción de quien ostenta la consideración de deudor de la obligación de información (*vid.* artículo 30.2 de la LDV). No obstante, existen otros aspectos de esta Ley que no merecen una opinión positiva. Entre ellos, podemos destacar el tratamiento unitario que se hace al contenido de la información a proporcionar tanto para la compraventa como para el arrendamiento de vivienda. También, la articulación efectuada en torno a la obligación del deudor respecto al suministro de información bajo requerimiento del acreedor y el silencio sobre la conducta más o menos activa que se espera del acreedor. En mi opinión, la redacción del apartado 1 del artículo 30 de la LDV relativo a los derechos de las personas demandantes de vivienda puede llevar a una extensión indeseada de los derechos de los consumidores a relaciones que no son de consumo y, por último, considero que el legislador debería haber efectuado una distinción en el contenido y alcance de estas obligaciones en función de si la formalización del contrato se realiza entre particulares o interviene un profesional.

Por último, hubiera sido recomendable que la LDV estableciese previsiones específicas para el incumplimiento de las obligaciones de información precontractual, en el ámbito del derecho sancionador pero, sobre todo, en el plano negocial. El silencio del legislador nos obliga a utilizar los remedios generales de las obligaciones y de los contratos. No obstante, la ampliación de la exigibilidad de las obligaciones de información precontractual a las relaciones entre particulares, va a condicionar una evolución en la aplicación de estos remedios. En concreto, debería adquirir mayor protagonismo el artículo 1258 del CC para la integración del contrato y, en relación a los remedios vinculados a la existencia de vicios en el consentimiento, será necesario adaptar los aspectos de la excusabilidad del error y la interpretación del «*animus decipiendi*» en el dolo.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M. T., *Las obligaciones legales de información precontractual en la compraventa de vivienda: a través del laberinto normativo, estatal y autonómico, en materia de vivienda y de consumo*, Navarra, 2010.
- ARGELICH COMELLES, C., *Ley por el derecho a la vivienda*, Navarra, 2023.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *La culpa in contrahendo: (tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Leioa, 1989.
- «Remedio anulatorio y remedios específicos del régimen de compraventa», Carrasco Perera, A. (dir.) *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, vol. 1, 2013, pp. 349-359.





- ATAZ LÓPEZ, J., «La buena fe contractual», BERCOVITZ, R., *Tratado de los contratos*, Tomo I, Valencia, 2009, pp. 167-171.
- BUSTO LAGO, J. M., *El control del cumplimiento de la legalidad urbanística en los contratos sobre vivienda: la compraventa de «vivienda» sin licencia*, Navarra, 2010.
- CABALLÉ FABRA, G., *La intermediación inmobiliaria ante los nuevos retos de la vivienda*, Valencia, 2020.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La información al consumidor en la compraventa y en el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Madrid, 1994.
- CARRASCO PERERA, A., *Derecho de los contratos*, Navarra, 2010.
- CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., «Información y protección en la compraventa y el alquiler de viviendas» en *Derecho de la construcción y la vivienda*, Navarra, 2012, 7.<sup>a</sup> edición, pp. 555-592.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Incumplimiento de la obligación» LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Vol. I. Teoría General del Contrato, Barcelona, 1994, pp. 169-216.
- GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, 1994.
- HITA FERNÁNDEZ, M. C., *La protección del consumidor en la compraventa y arrendamiento de vivienda*, Navarra, 2017.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación», *Revista de Derecho Privado*, núm. 64, 1, 1980, pp. 50-78.
- LÓPEZ MAZA, S., «Información precontractual obligatoria en la compraventa al consumo», Carrasco Perera, A. (dir.) *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, vol. 1, 2013, pp. 451-463.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., «Presentación», Carrasco Perera, A. (dir.) *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, vol. 1, 2013, p. 347.
- MARTENS JIMÉNEZ, I., «Propuestas de introducción de nuevos tipos de arrendamientos de vivienda en el Código Civil», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 4, 2021, pp. 49-101.
- «Una década de reformas en el régimen arrendaticio de vivienda. Especial referencia a la reforma operada por la ley por el derecho a la vivienda», *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 19, 2023, pp. 506-557.
- MIRANDA SERRANO, L. M., y PANIAGUA ZURERA, M., «La protección de los consumidores y usuarios en la fase previa a la contratación: la tutela de la libertad negociada», Miranda Serano, L. M. y Pagador López, J. (coords.) *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, 2012, pp. 63-98.
- MOLINA ROIG, E., «Principales novedades sobre arrendamientos urbanos en la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda», *Actualidad civil*, núm. 5, 2023.
- MONTES RODRÍGUEZ, M. P., «De nuevo sobre el valor contractual de la publicidad en la compraventa de bienes inmuebles: de la STS de 27 de enero de 1977 a la STS de 20 noviembre de 2017», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 26, 2018, pp. 218-259.
- MORALES MORENO, A. M., *El error en los contratos*, Madrid, 1998.



PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Información precontractual obligatoria, error, prácticas comerciales desleales», Carrasco Perera, A. (dir.) *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, vol. 1, 2013, pp. 379-387.

ROJO AURÍA, L., *El dolo en los contratos*, Madrid, 1994.

RUBIO TORRANO, E., «Cuándo vincula al vendedor la publicidad y promoción precontractual», Carrasco Perera, A. (dir.) *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, vol. 1, 2013, pp. 465-470.

## B. Garantías por pagos a cuenta

**Jesús Estruch Estruch**

*Catedrático de Derecho civil*

*Universidad de Valencia*

*Jesus.estruch@uv.es*

**Resumen:** *La Disposición Adicional Primera LOE impone varias obligaciones a los promotores que exijan a los compradores pagos anticipados a cuenta del precio final durante la construcción de la vivienda. Así, deberán garantizar la devolución de estas cantidades para el caso de que la construcción no se inicie o finalice en el plazo convenido y, además, deberán percibir los anticipos a través de una cuenta especial abierta en una entidad de crédito que, bajo su responsabilidad, deberá comprobar que se han otorgado las garantías legales. El capítulo estudia el régimen jurídico de estas garantías: ámbito subjetivo y material de aplicación, cantidades que deben asegurarse, responsabilidad de la entidad de crédito receptora de los anticipos y de las entidades garantes, etc.*

**Palabras clave:** *Viviendas en construcción, cantidades anticipadas y garantías.*

**Abstract:** *The First Additional Provision of the LOE (Spanish building act) imposes several obligations on developers who require buyers to make advanced payments on account of the final price during the construction of*



*a dwelling. Thus, they must guarantee the return of these amounts in the event that construction does not begin or is not completed within the agreed time frame. Additionally, they must receive the advance payments through a special account opened with a credit institution, which, under its responsibility, must verify that the legal guarantees have been granted. This chapter studies the legal regime of these guarantees: subjective and material scope of application, amounts to be secured, liability of the credit institution receiving the advances and of the guarantors, etc.*

**Keywords.**— *Housing under construction, advance payments, guarantees.*

**Sumario:** 1. La situación del comprador de viviendas en construcción y la Ley 57/1968, de 27 de julio. 2. Regulación actual: la Disposición Adicional Primera LOE. 3. Garantías establecidas en la DA 1.<sup>a</sup> 4. Personas obligadas al otorgamiento de las garantías. 5. Adquisiciones de viviendas a las que se les aplican las garantías. 5.1 Finalidad residencial propia o familiar de la adquisición. 5.2 Pacto expreso para la aplicación de las garantías cuando la finalidad de la adquisición sea comercial. 5.3 Compras realizadas por sociedades mercantiles. 5.4 La cuestión en la regulación vigente. 6. Cantidades que deben quedar garantizadas. 7. Los intereses garantizados: plazo de garantía, naturaleza jurídica y cuantía. 8. Momento en el que surge la obligación de entregar las garantías al adquirente. 9. Percepción de las cantidades anticipadas a través de una cuenta especial. 9.1 Ingreso en una cuenta especial. 9.2 Responsabilidad de la entidad de crédito receptora de los anticipos. 9.3 Descuento de letras de cambio aceptadas por los adquirentes. 10. Garantías que deben otorgarse: seguro de caución o aval solidario. 10.1 Títulos colectivos o individuales. 10.2 Cuestiones relativas al seguro de caución y a su reclamación. 10.3 Cuestiones relativas al aval solidario y a su reclamación. 10.3.1 Reclamación previa al promotor. 10.3.2 Caducidad del aval. 11. Supuestos en los que el adquirente puede exigir la resolución del contrato de compraventa y la devolución de las cantidades anticipadas. 12. La concesión de prórroga por el adquirente. 13. Cancelación de las garantías. 14. Imperatividad de la regulación contenida en la DA 1.<sup>a</sup> Bibliografía.

## 1. LA SITUACIÓN DEL COMPRADOR DE VIVIENDAS EN CONSTRUCCIÓN Y LA LEY 57/1968, DE 27 DE JULIO

La posición jurídica del comprador de viviendas que anticipa cantidades a cuenta del precio antes de que la construcción esté finalizada y la vivienda se le pueda entregar presenta una gran debilidad, pues a pesar de que haya cumplido parcialmente sus obligaciones de pago (aprovechándose el promotor de la financiación que supone la recepción de esas

cantidades anticipadas), es posible que, por múltiples causas, el vendedor finalmente no cumpla su obligación de entrega de la vivienda, con lo que el comprador no podría adquirir su propiedad y, para recuperar el dinero entregado, tendría que reclamar a la promotora, que es posible que no sea solvente, con lo que el comprador se quedaría sin dinero y sin vivienda.

Para proteger al comprador que anticipa cantidades se dictó la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas<sup>(1)</sup>.

Esta Ley impuso determinadas obligaciones a las personas que promovieran la construcción y venta de viviendas destinadas a domicilio o residencia familiar y pretendieran obtener de los compradores entregas de dinero antes de que la construcción estuviera iniciada o durante la misma.

Además, todos los derechos que la Ley 57/1968 reconoció a los compradores de vivienda en construcción que anticipaban cantidades eran irrenunciables (art. 7 Ley 57/1968).

Pese a ello, durante muchos años, la Ley 57/1968 fue ignorada tanto por los promotores, que mayoritariamente la incumplían, como por los Tribunales, que resolvían los problemas de los compradores de viviendas con cantidades anticipadas aplicando las reglas generales del Código civil (arts. 1091, 1101, 1124 CC, etc.).

Sin embargo, a partir de la crisis inmobiliaria del año 2007, la ley empezó a alegarse muy intensamente, sobre todo por los compradores que entregaron cantidades anticipadas y ya no tenían interés en mantener el contrato, puesto que la vivienda adquirida sobre plano cada vez valía menos.

Por ello, en los últimos años, el TS ha dictado centenares de sentencias relativas a la Ley 57/1968. Y, en ese periodo, la jurisprudencia del TS relativa a la aplicación de la Ley 57/1968 ha evolucionado de una manera muy rápida, incluso, en alguna ocasión, cambiando radicalmente de doctrina.

Con carácter general, esta evolución jurisprudencial ha sido manifiestamente favorable a la protección de los intereses de los compradores de viviendas en construcción, sobre todo frente a las entidades avalistas o aseguradoras y frente a las entidades bancarias receptoras de los anticipos a cuenta ingresados por los adquirentes. En cuanto a las relaciones entre la entidad promotora y el comprador, la jurisprudencia

---

(1) El preámbulo de la Ley hacía referencia a la justificada alarma social que habían producido en la opinión pública algunos casos muy llamativos en los que decenas de miles de compradores se quedaron sin la vivienda que habían adquirido sobre plano y sin poder recuperar las cantidades anticipadas. Así, el caso de Construcción Esperanza S. L., afectó a más de diez mil compradores de diversas provincias. Sobre la cuestión puede verse ESTRUCH ESTRUCH, J., 2017, pp. 13-15; y 2009, pp. 19-28.

ha sido más ponderada, desestimando pretensiones resolutorias del contrato de compraventa que, aun estando amparadas por la literalidad de la Ley 57/1968, se entendían contrarias a la buena fe o meramente oportunistas<sup>(2)</sup>.

## 2. REGULACIÓN ACTUAL: LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA LOE

La Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras derogó la Ley 57/1968 a través de una modificación introducida en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, dando nueva redacción al régimen jurídico de las cantidades anticipadas por el comprador a cuenta del precio durante la construcción de la vivienda.

Por lo tanto, actualmente el régimen jurídico de las garantías de las cantidades anticipadas por los compradores durante la construcción de las viviendas se encuentra contenido en la DA 1.<sup>a</sup> de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en lo sucesivo DA 1.<sup>a</sup>).

Esta regulación es sustancialmente idéntica a la contenida en la Ley 57/1968, aunque en algunos aspectos reduce la protección que tenían los compradores según la interpretación y aplicación de la Ley 57/1968 que ha venido realizando en los últimos años el TS<sup>(3)</sup>.

---

(2) Así, entre otras cuestiones, el TS ha declarado que no es exigible al comprador el ingreso de las cantidades anticipadas en la cuenta especial para que la devolución de las mismas quede garantizada por la entidad bancaria o la aseguradora [SSTS núm. 780/2014, de 30 de abril de 2015 (RJ 2015, 2017) y 779/2014, de 13 de enero de 2015 (RJ 2015, 352)]; que los garantes quedan obligados a devolver todas las cantidades anticipadas por el comprador aunque excedan del importe consignado en la póliza de seguro o en el aval [SSTS núm. 436/2016, de 29 de junio (RJ 2016, 3158) y 322/2015, Pleno, de 23 de septiembre (RJ 2015, 4020)]; que los compradores quedarán garantizados aunque solo se haya emitido la póliza colectiva del seguro de caución y no los certificados individuales (o avales individuales) que garantizan al concreto comprador la devolución de las cantidades que anticipó [SSTS núm. 626/2016, de 24 de octubre (RJ 2016, 4971); 272/2016, de 22 de abril (RJ 2016, 2088) y 322/2015, Pleno, de 23 de septiembre (RJ 2015, 4020)]; que las entidades de crédito que no han exigido la apertura de una cuenta especial a la promotora para recibir las cantidades anticipadas por los compradores o no han comprobado el previo otorgamiento de las garantías cuando abrieron la cuenta especial son responsables frente a los adquirentes de la devolución de todas las cantidades anticipadas ingresadas en esa entidad [SSTS núm. 468/2016, de 7 de julio (RJ 2016, 2898) y 174/2016, de 17 de marzo (RJ 2016, 86)].

(3) Así, por ejemplo, elimina la consideración de título ejecutivo del aval o póliza de seguro unido al documento que acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda (*vid.* artículo 3 Ley 57/1968 en relación con el artículo 517.2.9.º LEC); se dice que el promotor tiene la obligación de garantizar las cantidades entregadas «desde la obtención de la licencia de edificación», cuando la Ley 57/1968 no limitaba el momento desde el que debía garantizarse la devolución de las cantidades entregadas; ha desaparecido la mención a la irrenunciabilidad de los derechos que se contenía en el artículo 7 Ley 57/1968, etc.

A continuación nos referiremos a los aspectos fundamentales de ese régimen jurídico, aunque debe tenerse presente que el TS no se ha pronunciado todavía sobre la nueva regulación, por lo que haremos referencia a la jurisprudencia recaída sobre la Ley 57/1968. En cualquier caso, teniendo en cuenta la jurisprudencia dictada en los últimos años y su clara evolución tuitiva, lo razonable sería que el TS continuara en esa misma línea de protección de los adquirentes de viviendas en construcción.

### 3. GARANTÍAS ESTABLECIDAS EN LA DA 1.<sup>a</sup>

La DA 1.<sup>a</sup> impone diversas garantías a los promotores de viviendas que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma. La Ley 57/1968 exigió estas mismas garantías.

Así: a) se reitera la obligación de garantizar mediante un seguro de caución o un aval solidario la devolución de las cantidades entregadas por los adquirentes, incluidos los impuestos aplicables, más los intereses legales, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda<sup>(4)</sup>; y, b) en segundo lugar, se impone también al promotor la obligación de percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de entidades de crédito, en las que habrán de depositarse en una cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos, y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. De igual modo, continúa manteniéndose la obligación (y consiguiente responsabilidad) de las entidades de crédito receptoras de los anticipos de exigir, para la apertura de estas cuentas o depósitos, la garantía de devolución que hemos indicado anteriormente.

Estas medidas pretenden que las cantidades anticipadas por los compradores se destinen efectivamente a sufragar los gastos de la construcción y, en segundo lugar, que quede garantizada la devolución al adquirente de las cantidades entregadas más sus intereses para el caso de que la construcción no se inicie o no concluya en el plazo convenido, o no se obtenga la correspondiente autorización administrativa para el uso de la vivienda.

---

(4) Esta garantía se ha considerado por la jurisprudencia obligación de carácter esencial del promotor, de tal manera que, mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, su incumplimiento facultará al comprador para resolver el contrato e impedirá al vendedor resolverlo si el comprador no atiende los pagos parciales a cuenta del precio [SSTS núm. 2/2020, de 8 de enero (RJ 2020, 2); 469/2016, Pleno, de 12 de julio (RJ 2016, 3562) y 501/2015, de 15 de septiembre (RJ 2015, 3995)].



#### 4. PERSONAS OBLIGADAS AL OTORGAMIENTO DE LAS GARANTÍAS

En cuanto a los obligados a otorgar estas garantías, la DA 1.<sup>a</sup> se refiere a «*las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa*».

Por lo tanto, no puede imponerse una limitación en la protección del adquirente por razón de la forma de promoción que se utilice para ejecutar la construcción de su vivienda.

Y, por la misma razón, deberán ser considerados a estos efectos promotores las entidades de gestión inmobiliaria o gestión de cooperativas o de comunidades de propietarios o, incluso, algunos supuestos de project manager, cuando realmente intervengan en el tráfico jurídico como auténticos promotores, teniendo el control de la edificación y de su financiación<sup>(5)</sup>.

Aunque la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la LOE recae sobre la persona jurídica promotora, el TS, en alguna ocasión, ha entendido que cuando la sociedad promotora no ha otorgado las garantías establecidas legalmente para asegurar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores, concurren los presupuestos para que pueda prosperar una acción individual de responsabilidad dirigida contra los administradores que incumplieron la norma legal de carácter imperativo y, debido a su actuación antijurídica, culposa o negligente como órgano social, causaron un daño directo al comprador que adquirió la vivienda<sup>(6)</sup>.

Por otra parte, el apartado siete DA 1.<sup>a</sup> considera infracciones en materia de consumo el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la norma, y, además, el promotor podrá incurrir en las infracciones y sanciones que correspondan conforme a la legislación específica en materia de ordenación de la edificación.

---

(5) Cfr: artículos 9 y 17.4 LOE. En cuanto a la figura del project manager, véase la STS núm. 529/2020, Pleno, de 15 de octubre (RJ 2020, 4064). Por su parte, la STS núm. 469/2016, Pleno, de 12 de julio (RJ 2016, 3562), por no haberse otorgado las garantías exigidas legalmente, condenó a la entidad gestora de una cooperativa (y no a la propia cooperativa) a la devolución al cooperativista demandante de las cantidades anticipadas, sentencia comentada por BUSTO LAGO, J. M., *CCJC*, núm. 103, 2017 (consultado en Proview Aranzadi).

(6) En este sentido puede verse la STS núm. 131/2016, de 3 de marzo (RJ 2016, 801), en la que, revocando la sentencia de instancia, se condenó a los administradores de la sociedad promotora. La sentencia indica que «*[E]l incumplimiento de una norma legal sectorial, de ius cogens, cuyo cumplimiento se impone como deber de diligencia del administrador, se conecta con el ámbito de sus funciones (arts. 225, 226, 236 y 241 LSC), por lo que le es directamente imputable*». En el mismo sentido pueden verse las SSTs núm. 780/2014, de 30 de abril de 2015 (RJ 2015, 2017) y 242/2014, de 23 de mayo (RJ 2014, 2943), comentada por GALLEGO CÓRCOLES, A., *CCJC*, pp. 219 ss.



Finalmente, reiterando la excepción que se contenía en la Ley 57/1968, el apartado ocho dispone que, reglamentariamente, podrán determinarse los organismos públicos de promoción de vivienda que queden eximidos de las garantías exigidas legalmente.

## 5. ADQUISICIONES DE VIVIENDAS A LAS QUE SE LES APLICAN LAS GARANTÍAS

### 5.1 Finalidad residencial propia o familiar de la adquisición

Los beneficiarios de las garantías establecidas en la DA 1.<sup>a</sup> son los adquirentes *«de toda clase de viviendas, incluídas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa»* y que hayan entregado cantidades de dinero antes de la finalización de la construcción.

La actual regulación no establece de manera expresa el destino que el adquirente deba dar a la vivienda, a diferencia de la Ley 57/1968, que disponía que las viviendas debían destinarse a *«domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial»*.

Debido a esta exigencia de la Ley 57/1968, la doctrina y la jurisprudencia entendieron que las garantías que establecía la norma solo podían aplicarse en aquellos casos en los que el adquirente iba a destinar la vivienda a domicilio o residencia propia, personal o familiar, aunque fuera temporal, esporádica o segunda residencia, y no en los supuestos de compras especulativas, o compras para un uso residencial negocial, o cuando la adquisición se producía en el ámbito de una actividad comercial, empresarial o profesional<sup>(7)</sup>.

Como dice la STS núm. 203/2024, de 19 de febrero (RJ 2024, 68842), las garantías de la Ley no son aplicables a quienes adquieren la vivienda con finalidad no residencial, sean o no profesionales. Por lo tanto, la aplicación de la Ley 57/1968 no depende de la condición de consumidor del adquirente, sino de la finalidad de su adquisición, esto es, si va a destinar la vivienda a un

---

(7) Sobre la doctrina del TS exigiendo para la aplicación de la Ley que la adquisición tenga carácter residencial propio y no negocial, pueden verse las SSTs núm. 776/2024, de 3 de junio (JUR 2024, 167977), relativa a una «unidad alojativa» destinada a uso turístico hotelero; 500/2024, de 15 de abril (JUR 2024, 118333); 254/2024, de 26 de febrero (JUR 2024, 75166), 206/2024, de 19 de febrero (JUR 2024, 62792), 200/2024, de 15 de febrero (JUR 2024, 62908), 55/2024, de 17 de enero (JUR 2024, 36304), relativas a apartamentos turísticos con finalidad de explotación hotelera; 205/2024, de 19 de febrero (JUR 2024, 62877). En la doctrina pueden verse VERDERA SERVER, R., 2013, p. 976; CARRASCO PERERA, Á., 2007, p. 541; CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M.<sup>a</sup> C., 2012, p. 594; DÍAZ MARTÍNEZ, A., *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2015, consultado en BIB 2015/4804, pp. 2-3; SILLERO CROVETTO, B., *RDC*, pp. 55 ss.; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *RDP*, pp. 29-30; ALONSO PÉREZ, M.<sup>a</sup> T., *RGLJ*, núm. 1, 2010, p. 10.

uso residencial propio o, por el contrario, negocial. Y el adquirente deberá indicar en su demanda el uso al que iba a destinar la vivienda adquirida.

La jurisprudencia ha establecido una serie de indicios o factores que pueden ser tenidos en cuenta para apreciar la existencia de una finalidad no residencial que excluya la aplicación de la Ley.

Así, además del carácter de promotor inmobiliario o profesional del sector del adquirente, el número de viviendas adquiridas en una misma promoción [SSTS núm. 203/ 2024, de 19 de febrero (JUR 2024, 68842); 1521/2023, de 6 de noviembre (JUR 2023, 426296); 636/2022, de 3 de octubre (RJ 2022, 4419); 573/2021, de 26 de julio (RJ 2021, 3663); 460/2020, de 3 de septiembre (RJ 2020, 3235) y 582/2017, de 26 de octubre (RJ 2017, 4788)]; la ubicación de la promoción lejos del lugar de residencia habitual del adquirente o en el extranjero [SSTS núm. 203/ 2024, de 19 de febrero (JUR 2024, 68842); 636/2022, de 3 de octubre (RJ 2022, 4419) y 385/2021, de 7 de junio (RJ 2021, 2671)]; la superficie de las viviendas y su precio [STS núm. 582/2017, de 26 de octubre (RJ 2017, 4788)]; que la parte compradora omita en su demanda cualquier referencia al destino de la/s vivienda/s adquiridas y que a lo largo del proceso aluda al destino de manera poco clara [SSTS núm. 1521/2023, de 6 de noviembre (JUR 2023, 426296); 587/2023, de 21 de abril (RJ 2023, 2679); 53/2022, de 31 de enero (RJ 2022, 626); 27/2022, de 18 de enero (RJ 2022, 50); 573/2021, de 26 de julio (RJ 2021, 3663) y 385/2021, de 7 de junio (RJ 2021, 2671)]; o que en el contrato (a diferencia de otros de la misma promoción) se incluyera una cláusula por la que se facultaba al comprador para ceder su posición contractual a un tercero antes de la escritura [STSS núm. 587/2023, de 21 de abril (RJ 2023, 2679); 385/2021, de 7 de junio (RJ 2021, 2671) y 623/2020, de 19 de noviembre (RJ 2020, 5283)].

## 5.2 **Pacto expreso para la aplicación de las garantías cuando la finalidad de la adquisición sea negocial**

También ha señalado el TS que, en los supuestos en los que la adquisición no tiene carácter residencial propio sino negocial, es posible que las partes pacten expresamente las garantías que estimen convenientes para asegurar la devolución de las cantidades anticipadas para el caso de que la construcción no se inicie o finalice en el plazo convenido. Ahora bien, este pacto se regirá por lo expresamente convenido entre las partes (y no por el régimen de la Ley 57/1968 y su jurisprudencia), y únicamente podrá tener eficacia entre los contratantes, sin que vincule al Banco depositario o receptor de las cantidades anticipadas por los adquirentes o al Banco avalista, de tal manera que no puede aplicarse contra las entidades garantes la doctrina jurisprudencial, eminentemente tuitiva, recaída en la interpretación y aplicación de la Ley 57/1968.

Así, no podrá aplicarse la doctrina que, ante la falta de emisión de avales individuales para cada adquirente, establece la eficacia del aval colectivo de la promoción para garantizar la totalidad de las cantidades anticipadas<sup>(8)</sup>, o la que establece la inoponibilidad frente al adquirente que anticipó cantidades de la limitación cuantitativa contenida en el aval individual que se le entregó<sup>(9)</sup>; o la responsabilidad del banco receptor de los anticipos por no haber exigido el previo otorgamiento de las garantías<sup>(10)</sup>.

### 5.3 Compras realizadas por sociedades mercantiles

En cuanto a las compras realizadas por sociedades mercantiles, la doctrina jurisprudencial en los últimos dos años ha pasado de exigir que probaran la finalidad residencial de la adquisición<sup>(11)</sup>, a entender que no es posible en ningún caso que una sociedad mercantil adquiriera una vivienda como domicilio o residencia propia, por lo que, actualmente, no son aplicables a las adquisiciones realizadas por las sociedades mercantiles las garantías previstas en la Ley 57/1968<sup>(12)</sup>.

### 5.4 La cuestión en la regulación vigente

Como la DA 1.<sup>a</sup> no se refiere a ningún destino en relación con la vivienda adquirida, podría considerarse la posibilidad de que el promotor tuviera la obligación de otorgar las garantías respecto de cualquier adquirente de vivienda (persona física o sociedad mercantil), y fuera cual fuera la finalidad de su adquisición (profesional, residencial, especulativa, negocial, etc.), ampliando así extraordinariamente el ámbito de protección de la Ley 57/1968<sup>(13)</sup>.

---

(8) SSTS núm. 776/2024, de 3 de junio (JUR 2024, 167977); 438/2023, de 29 de marzo (RJ 2023, 2330); 401/2023, de 23 de marzo (RJ 2023, 2104); 854/2022, de 28 de noviembre (RJ 2022, 5481); 379/2022, de 5 de mayo (RJ 2022, 4092); 325/2022, de 25 de abril (RJ 2022, 2277) y 857/2021, de 10 de diciembre (RJ 2021, 5595).

(9) STS núm. 460/2020, de 3 de septiembre (RJ 2020, 3235).

(10) SSTS núm. 1521/2023, de 6 de noviembre (JUR 2023, 426296) y 438/2023, de 29 de marzo (RJ 2023, 2330).

(11) SSTS núm. 587/2020, de 10 de noviembre (RJ 2020, 5273) y 36/2020, de 21 de enero (RJ 2020, 94).

(12) STS núm. 776/2024, de 3 de junio de 2024 (JUR 2024, 167977). Señalando la STS núm. 826/2024, de 10 de junio de 2024 (RJ 2024, 174854), que la exclusión de las garantías de la Ley 57/1968 a las sociedades mercantiles «no tiene ningún matiz ni excepción cuando se invoquen razones fiscales».

(13) En algunos países, las garantías sobre las cantidades anticipadas por los compradores se otorgan frente a todo tipo de adquisición o respecto de todo tipo de adquirentes. Así, el artículo 138 bis del Decreto 458 con fuerza de Ley, de 18 de diciembre de 1975, que aprueba la Ley General de

Sin embargo, no creemos que haya sido este el propósito del legislador, que en la tramitación parlamentaria de la modificación de la LOE siempre se refirió a la protección de los derechos del consumidor<sup>(14)</sup>.

Por otra parte, la DA 1.<sup>a</sup> únicamente se refiere a viviendas, y no a otras unidades constructivas, como locales comerciales u oficinas. Y, además, considera que los incumplimientos de las obligaciones establecidas en la norma constituyen infracciones en materia de consumo (apartado 7 DA 1.<sup>a</sup>).

Por ello, parece razonable pensar que, a pesar del cambio legislativo, el TS continuará limitando la aplicación imperativa de la normativa tuitiva y su interpretación jurisprudencial a los supuestos de adquisición de viviendas por personas físicas con finalidad residencial propia y no a compras especulativas, o a compras para un uso residencial negocial, o cuando la adquisición se produzca por una sociedad mercantil, o en el ámbito de una actividad comercial, empresarial o profesional<sup>(15)</sup>.

## 6. CANTIDADES QUE DEBEN QUEDAR GARANTIZADAS

El promotor deberá garantizar la devolución de la totalidad de las cantidades que deban ser anticipadas a cuenta del precio según el contrato, incluidos los impuestos aplicables, más el interés legal del dinero (*cfr.* apartado tres, último párrafo; dos 1. b); dos 2. a); uno 1.a) y uno 2 DA 1.<sup>a</sup>)<sup>(16)</sup>. Y deberán quedar garantizadas desde la entrega efectiva del anticipo «*hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor*».

Evidentemente, llegado el momento de la ejecución de la garantía, si el adquirente no demuestra haber entregado todas las cantidades que estaban previstas en el contrato, la entidad garante no tendrá la obligación

---

Urbanismo y Construcciones de Chile establece que las garantías establecidas en la norma se aplican a las adquisiciones de «*viviendas, locales comerciales u oficinas, que no cuente con recepción definitiva*». De igual modo, en el Código Civil francés, los preceptos relativos a la «*venta de inmuebles a construir*», que son los artículos 1601-1 a 1601-4, introducidos por la Ley 67-3, de 3 de enero de 1967, tampoco distinguen según quién sea el comprador ni la finalidad de la adquisición. O, en Italia, el Decreto legislativo núm. 122, de 20 de junio de 2005, en el que se establecen disposiciones para la tutela de los derechos patrimoniales de los adquirentes de inmuebles que se construirán, considera adquirente únicamente a las personas físicas y no a las jurídicas, pero no se refiere a la finalidad de su adquisición.

(14) Véanse las enmiendas 73 y 45 al Proyecto de Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, que fueron el origen de la vigente DA 1.<sup>a</sup>

(15) En el mismo sentido, MARTÍN FABA, J. M.<sup>3</sup>, *Cuadernos de Derecho Privado*, pp. 159-161.

(16) Tienen que garantizarse todas las cantidades que según el contrato deban anticiparse y no únicamente las que se entreguen a la firma del contrato, como podría entenderse de una interpretación aislada de la letra b) del número 1 del apartado dos DA 1.<sup>a</sup> En este sentido, CARRASCO PERERA, Á., *CESCO*, 2015, p. 3; ANÓN CALVETE, J., *Tirantonline.com*, pp. 3-4; FERNÁNDEZ BALDOMERO, E., *European Scientific Journal*, p. 376.



de devolvérselas [apartado dos 1. i) DA 1.<sup>a</sup>]. Tampoco tendrá obligación de devolverle las cantidades que el adquirente demuestre haber entregado al promotor, pero cuya entrega no estaba prevista en el contrato<sup>(17)</sup>.

Sin embargo, acreditada la entrega, la entidad garante tendrá que devolverle al adquirente todas las cantidades anticipadas, con independencia de cómo las hubiera aportado al promotor (en efectivo, mediante ingreso en cualquier cuenta del promotor, ingreso en la cuenta especial, efectos cambiarios, etc.)<sup>(18)</sup>.

## 7. LOS INTERESES GARANTIZADOS: PLAZO DE GARANTÍA, NATURALEZA JURÍDICA Y CUANTÍA

Con la nueva regulación, únicamente existe la obligación de garantizar la devolución de las cantidades entregadas más los intereses del anticipo «*hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor*» y no hasta «*el momento en que se haga efectiva la devolución*» [como decía la letra c) de la DA 1.<sup>a</sup> antes de la reforma de 2015]<sup>(19)</sup>, lo que producirá como consecuencia que el adquirente no tenga garantizada la devolución de los intereses legales de las cantidades entregadas durante el periodo que media entre la fecha prevista de la entrega de la vivienda y su efectiva devolución<sup>(20)</sup>.

Aunque la DA 1.<sup>a</sup> obligue a garantizar el interés legal, es posible que las partes pacten un interés superior al legal, o que la garantía cubra un período temporal más dilatado que el previsto legalmente<sup>(21)</sup>. Lo que no es admisible es que la garantía asegure un interés menor al legal o por un periodo inferior al previsto en la DA 1.<sup>a</sup>

Según la jurisprudencia, el interés legal que producen las cantidades anticipadas tiene la naturaleza de interés remuneratorio y no moratorio, por lo que los intereses se producen automáticamente, día a día, sin que

---

(17) SSTs núm. 1563/2023, de 16 de noviembre (JUR 2023, 425227); 597/2022, de 12 de septiembre (RJ 2022, 4042) y 436/2016, de 29 de junio (RJ 2016, 3158).

(18) Respecto de entregas en metálico, pueden verse las SSTs núm. 775/2024, de 3 de junio (JUR 2024, 167980); 655/2024, de 13 de mayo (JUR 2024, 154772); 2/2024, de 8 de enero (JUR 2024, 17122); 650/2023, de 3 de mayo (RJ 2023, 3256); 534/2022, de 5 de julio (RJ 2022, 3661); 94/ 2021, de 22 de febrero (RJ 2021, 805); 6/2020, de 8 de enero (RJ 2020, 8) y 8/2020, de 8 de enero (RJ 2020, 6).

(19) Por ello, DÍAZ MARTÍNEZ, A., *Revista Doctrinal Aranzadi*, p. 10, afirmaba que el «día final del cómputo de los intereses aplicables a las cantidades entregadas siempre ha estado claro, teniéndose por tal el momento efectivo de la devolución». Véase también GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *RDP*, pp. 38 ss.

(20) Aunque no exista la obligación de garantizar durante ese período los intereses legales que se devenguen, es evidente que el promotor los deberá satisfacer al adquirente.

(21) Véanse, por ejemplo, SSTs núm. 177/2020, de 18 de mayo (RJ 2020, 1304) y 780/2014, de 30 de abril de 2015 (RJ 2015, 2017).

el adquirente tenga que realizar ninguna actividad de intimación. El *dies a quo* de inicio del cómputo para la producción de estos intereses remuneratorios, por lo tanto, será la fecha de la entrega efectiva de cada anticipo por el adquirente<sup>(22)</sup>.

Cuando el adquirente reclame extrajudicialmente al garante el cumplimiento de la obligación garantizada porque el promotor no le haya devuelto las cantidades anticipadas, más los impuestos e intereses legales, y una vez que haya transcurrido el plazo que la DA 1.<sup>a</sup> concede al garante para pagar [treinta días en el caso de la aseguradora y de manera inmediata en el caso del aval bancario, *cfr.* apartado dos 1. h) y 2. b) DA 1.<sup>a</sup>], se producirán los correspondientes intereses moratorios del artículo 1108 CC sobre la totalidad de las cantidades cuya devolución estaba garantizada y que el garante estaba obligado a restituir (incluidos, por tanto, los impuestos pagados y los intereses legales ya devengados). Estos intereses moratorios, salvo pacto en contrario, también consistirán en el interés legal del dinero. Por otra parte, cumpliéndose las condiciones del precepto, el adquirente podrá reclamar contra la aseguradora los intereses del artículo 20 LCS.

Además, si posteriormente el adquirente interpone la correspondiente demanda judicial frente al garante exigiendo la devolución de la suma garantizada (cantidades anticipadas, más los impuestos e intereses remuneratorios producidos hasta la fecha prevista de entrega de la vivienda), en la reclamación judicial puede capitalizar los intereses moratorios que ya se hubieran devengado en ese momento, exigiendo también sobre ellos, a su vez, el correspondiente interés legal (arts. 1108 y 1109 CC), o los intereses del artículo 20 LCS<sup>(23)</sup>.

## 8. MOMENTO EN EL QUE SURGE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR LAS GARANTÍAS AL ADQUIRENTE

En cuanto al momento en el que surge la obligación de garantizar la devolución de todas las cantidades que deban anticiparse, el apartado uno DA 1.<sup>a</sup> dispone que se deberá garantizar la devolución «*desde la obtención de la licencia de edificación*», por lo que la interpretación literal de

---

(22) SSTs 716/2024, de 22 de mayo (JUR 2024, 160604); 1752/2023, de 18 de diciembre (JUR 2024, 4808); 1022/2023, de 26 de junio (RJ 2023, 4229); 1020/2023, de 26 de junio (RJ 2023, 4176); 652/2023, de 3 de mayo (RJ 2023, 3064); 651/2023, de 3 de mayo (RJ 2023, 3017); 470/2023, de 11 de abril (RJ 2023, 2942); 451/2023, de 10 de abril (RJ 2023, 2389); 450/2023, de 10 de abril (RJ 2023, 2582) y 237/2022, de 28 de marzo (RJ 2022, 1919).

(23) *Cfr.* SSTs núm. 703/2021 y 704/2021, de 18 de octubre (RJ 2021, 4850 y 5621).

este apartado conduce a afirmar que el promotor no tiene obligación de garantizar las cantidades que hubiera recibido de los adquirentes hasta que obtenga la licencia de edificación, quedando las cantidades anticipadas por los compradores con anterioridad a ese momento fuera de la garantía obligatoria de la Ley<sup>(24)</sup>, con el extraordinario perjuicio que ello supondría para los adquirentes.

Sin embargo, creemos que es posible defender otra solución interpretando en su conjunto la DA 1.<sup>a</sup> Así, el apartado tres indica que en el momento del otorgamiento del contrato de compraventa el promotor «*hará entrega al adquirente del documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio*»<sup>(25)</sup>.

Por lo tanto, como ocurría en el régimen establecido en la Ley 57/1968, el apartado tres DA 1.<sup>a</sup> exige que el documento de garantía se entregue al adquirente en el mismo instante en que firme el contrato de compraventa o cualquier otro negocio jurídico cuya finalidad última sea la adquisición de la vivienda (contrato de reserva, contrato de arras, precontrato, contrato de compromiso, etc.)<sup>(26)</sup> y, en su virtud, anticipe cantidades a cuenta del precio final, se denominen como se denominen las cantidades entregadas (arras, reserva, señal, parte del precio, etc.)<sup>(27)</sup>, y todo ello con independencia de que el promotor todavía no hubiera obtenido la licencia de edificación.

Es decir, en el momento de la firma del negocio jurídico de adquisición, el promotor deberá entregar a los adquirentes el documento que acredite la garantía de las cantidades que han de ser anticipadas (último párrafo apartado tres DA 1.<sup>a</sup>). Por lo que, aun cuando en ese momento no tuviera la licencia de edificación, parece que ello no impide que deba cumplir con la obligación de entrega de la garantía.

A nuestro entender, si el promotor exige a los adquirentes cantidades anticipadas antes incluso de la obtención de la licencia de edificación (lo

---

(24) Así lo entiende la mayor parte de la doctrina. Véanse ALMARCHA JAIME, J., *CESCO*, pp. 2-3; CARRASCO PERERA, Á. y ALMARCHA JAIME, J., *RES*, p. 484; FERNÁNDEZ MANZANO, L. A. y RUIZ ECHAURI, J., 2015, p. 110; MARTÍN FABA, J. M.<sup>a</sup>, *Cuadernos de Derecho Privado*, pp. 166 ss.; BUSTO LAGO, J. M., *CCJC*; LÓPEZ SAN LUIS, R., *RCDI*, pp. 2358-2368; MARTÍN BRICEÑO, M.<sup>a</sup> R., *RCDI*, p. 1950.

(25) Además, en el contrato de compraventa deberá hacerse referencia al contrato de seguro o aval bancario que garantice las cantidades anticipadas, con indicación de la denominación de la entidad avalista o aseguradora, y se deberá designar la entidad de crédito y la cuenta a través de la cual deben hacerse las entregas de las cantidades a anticipar.

(26) El apartado dos 1.b) DA 1.<sup>a</sup>, se refiere a «*contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente*». Respecto de la diversa denominación que las partes pueden otorgar al contrato de adquisición de vivienda, véanse DIÉGUEZ OLIVA, R., *RdPat*, p. 200; CARRASCO PERERA, Á., 2007, p. 542; VERDERA SERVER, R., 2013, p. 978; SILLERO CROVETTO, B., *RDC*, p. 57.

(27) Sobre la distinta denominación que las partes pueden asignar a las cantidades entregadas anticipadamente pueden verse AÑÓN CALVETE, J., *Tirantonline.com*, p. 1; VERDERA SERVER, R., 2013, p. 978.

que, por otra parte, prohíben algunas legislaciones autonómicas)<sup>(28)</sup>, necesariamente deberá entregarles en ese momento el documento que acredite la garantía de devolución de las mismas, por lo que es evidente que tendrá que haber concertado con carácter previo las garantías exigidas por la Ley<sup>(29)</sup>.

En definitiva, aunque según el apartado uno, 1 a) DA 1.<sup>a</sup> el promotor no estuviera obligado a contratar las garantías con anterioridad a la obtención de la licencia de edificación, si antes de ese momento firma contratos para la adquisición de futuras viviendas en los que se pacte la entrega de cantidades anticipadas, necesariamente debe entregar al adquirente el documento que acredite la garantía de todas esas cantidades (apartado tres DA 1.<sup>a</sup>), por lo que indefectiblemente tendrá que haber concertado ya las garantías.

Y si en ese momento, aun cuando todavía no se hubiera concedido la licencia de edificación, una entidad de crédito recibe los anticipos de los compradores en una cuenta de la promotora, conociendo o debiendo conocer que se trata de cantidades anticipadas por compradores de viviendas en construcción, deberá exigir al promotor, bajo su responsabilidad, que otorgue las garantías legales de devolución de las mismas, pues desde la firma del contrato de compraventa de cada adquirente el promotor quedó obligado a entregarles el documento que las acredite, según lo dispuesto expresamente en el apartado tres DA 1.<sup>a</sup>

## 9. PERCEPCIÓN DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS A TRAVÉS DE UNA CUENTA ESPECIAL

### 9.1 Ingreso en una cuenta especial

De conformidad con lo establecido en el apartado uno 1. b) DA 1.<sup>a</sup>, el promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedades cooperativas, deberá percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de entidades de crédito, en las que habrán de depositarse en una cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor. Además, únicamente podrá disponer de esas cantidades anticipadas para sufragar las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas.

---

(28) Para que el promotor pueda vender viviendas en proyecto o en construcción, la legislación de algunas Comunidades Autónomas exige que haya obtenido previamente la licencia de edificación (*v. gr.* artículo 14 de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana).

(29) En el mismo sentido SILLERO CROVETTO, B., *RDC*, p. 59; PÉREZ VEGA, Á., *RdPat*, pp. 176-177, quien argumenta también que cuando la Ley se refiere a la obligación del promotor de percibir las cantidades anticipadas a través de una entidad de crédito y garantizarlas no distingue según el momento en que se perciban, esto es, antes o después de la concesión de la licencia de edificación.



Para la apertura de estas cuentas especiales o depósitos, la entidad de crédito, bajo su responsabilidad, deberá exigir que se hayan otorgado las correspondientes garantías para asegurar la devolución de las cantidades anticipadas para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda.

Con la obligación de percibir los anticipos a través de una cuenta especial, el legislador pretende lograr una completa separación de las cantidades anticipadas por los adquirentes de una determinada promoción respecto de cualquier otro tipo de fondos pertenecientes al promotor y, en segundo lugar, pretende conseguir que las cantidades depositadas únicamente puedan destinarse a satisfacer los gastos vinculados a la construcción de las viviendas.

Deberán ser las entidades de crédito las que, en los contratos para la apertura de estas cuentas especiales, establezcan tanto las condiciones precisas para limitar los ingresos a las cantidades anticipadas por los compradores, como, sobre todo, las medidas necesarias para garantizar la limitación legal de la disposición de esos fondos, de tal manera que se controle (en la medida de lo que razonablemente sea exigible según la diligencia especial que debe predicarse de las entidades de crédito), que las cantidades depositadas únicamente se destinen a satisfacer las necesidades derivadas de la construcción de las viviendas (v. gr. prohibiendo la disposición en efectivo, o mediante efectos al portador, exigiendo presentación de facturas o certificaciones de obra para liberar fondos, etc.).

La entidad de crédito está obligada legalmente a negar la disposición de los fondos al promotor titular de la cuenta si conoce o debe conocer que no van a dedicarse a las atenciones de la construcción, de tal modo que, si no lo hiciera así, deberá responder frente a los adquirentes y, además, estaría cometiendo una infracción en materia de consumo (*cfr.* apartado siete DA 1.<sup>a</sup>)<sup>(30)</sup>.

## 9.2 Responsabilidad de la entidad de crédito receptora de los anticipos

Antes de aceptar cantidades anticipadas por adquirentes de vivienda en construcción y, por tanto, antes de la apertura de la cuenta especial, la entidad de crédito está obligada a comprobar y, en su caso, a exigir al promotor que otorgue las garantías que aseguren la devolución de las cantidades que entreguen los compradores.

---

(30) No obstante, es frecuente que en los contratos de apertura de cuentas para recibir las cantidades anticipadas no se contenga ninguna especialidad en cuanto a los fondos que se pueden ingresar ni respecto de su disposición. Véase JUAN GÓMEZ, M. C., *RCDI*, p. 638.

La obligación de cerciorarse de que el promotor haya otorgado las garantías antes de abrir la cuenta especial la hará la entidad de crédito «*bajo su responsabilidad*», de tal manera que si posteriormente se demuestra que el promotor no hubiera otorgado las garantías obligatorias, la entidad de crédito deberá devolver a los adquirentes todas las cantidades anticipadas que hubieran ingresado en la cuenta o cuentas que el promotor tuviera abiertas en esa misma entidad, más los correspondientes intereses legales<sup>(31)</sup>.

Y para que surja esta responsabilidad «*basta con que la entidad de crédito conozca o no pueda desconocer (que “supo o tuvo que saber”, según dijo literalmente la sentencia 733/2015) que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de viviendas en construcción para que deba responder por no haber exigido al promotor la apertura de una cuenta especial, separada y debidamente garantizada*»<sup>(32)</sup>.

Ahora bien, señala la jurisprudencia que esta responsabilidad de la entidad de crédito receptora de las cantidades anticipadas no es «*una responsabilidad a todo trance a modo de garante superpuesto al avalista o asegurador*», por lo que también es doctrina jurisprudencial que no incurrirá en responsabilidad la entidad de crédito «*que no pudo conocer ni por tanto controlar que los ingresos en una cuenta de la promotora en dicha entidad se correspondieran con anticipos a cuenta del precio de una vivienda en construcción, al haber sido realizados dichos ingresos no por sus compradores o por la promotora sino por un tercero, en concreto una sociedad mercantil (además de las sentencias 411/2019, 623/2019, 644/2019, 189/2020, y 406/2020, citadas por la parte recurrente, también las sentencias 147/2020, de 4 de marzo, 453/2020, de 23 de julio, 479/2020, de 21 de septiembre, 107/2021, de 1 de marzo, 584/2022, de 26 de julio, y 682/2023, de 8 de mayo)*»<sup>(33)</sup>, sin que sea exigible a la entidad de crédito que realice una

---

(31) Por escapar de su control, no responderá de las cantidades anticipadas ingresadas por los compradores en otras entidades de crédito (incluso aunque posteriormente le sean transferidos esos fondos [SSTS núm. 468/2016, de 7 de julio (RJ 2016, 2898) y 781/2014, Pleno, de 16 de enero de 2015 (RJ 2015, 278)], o entregadas en metálico al promotor, o mediante cheques nominativos etc. Un detallado estudio de la responsabilidad del banco receptor de los anticipos puede verse en DÍAZ TELJEIRO, C. M.<sup>a</sup>, *RDC*, 2019.

(32) En este sentido, SSTS 3/2024, de 8 de enero (JUR 2024, 29903); 1127/2023, de 10 de julio (RJ 2023, 4285); 470/2023, de 11 de abril (JR 2023, 2942); 36/2023, de 17 de enero (RJ 2023, 775); 574/2021, de 26 de julio (RJ 2021, 3437); 24/2021, de 25 de enero (RJ 2021, 253); 468/2016, de 7 de julio (RJ 2016, 2898); 142/2016, de 9 de marzo (RJ 2016, 955), comentada por SALAS CARCELLER, A., *Revista Aranzadi Doctrinal*, consultado en BIB 2016\3055; y 733/2015, de 21 de diciembre (RJ 2015, 5403).

(33) SSTS núm. 735/2024, de 27 de mayo (JUR 2024, 160595); 732/2024, de 27 de mayo (JUR 2024, 160590); 588/2024, de 6 de mayo (JUR 2024, 137780); 587/2024, de 6 de mayo (JUR 2024, 137853); 306/2024, de 4 de marzo (JUR 2024, 78048); 132/2024, de 5 de febrero (JUR 2024, 48710); 1127/2023, de 10 de julio (RJ 2023, 4285) y 107/2021, de 1 de marzo (RJ 2021, 809).

labor inquisitiva sobre cualquier ingreso realizado en la cuenta de una promotora para descartar que se trate de anticipos realizados por compradores protegidos por la LOE<sup>(34)</sup>.

La obligación de devolución de las cantidades ingresadas más los impuestos e intereses la tiene la entidad de crédito receptora de los anticipos si no se aseguró de que se garantizara su devolución, pero no la entidad de crédito que financió la promoción<sup>(35)</sup>.

En cuanto a la prescripción de la acción que pueden interponer los adquirentes de vivienda frente a la entidad de crédito receptora de los anticipos, la STS, de Pleno, de 16 de enero de 2015 (RJ 2015, 278), señaló que debe ser de aplicación el plazo general de cinco años de prescripción de las acciones personales establecido en el artículo 1964 CC. Y, además, dispuso que dicho plazo debe empezar a contarse (*dies a quo*) desde que los adquirentes «*sufrén el daño (objetivamente) y advierten (subjektivamente) su existencia cuando intentan recuperar las cantidades que han anticipado y se les comunica que no se las devuelven por falta de aval*».

### 9.3 Descuento de letras de cambio aceptadas por los adquirentes

En cuanto a las cantidades anticipadas por los adquirentes mediante letras de cambio que son descontadas por el promotor, el TS ha modificado en el último año su doctrina, que ha pasado de entender que frente a la reclamación del tenedor de la letra (la entidad de crédito descontante) el obligado cambiario (el adquirente que aceptó la letra) no podía oponer la excepción de incumplimiento por el promotor de sus obligaciones legales de apertura de cuenta especial y aseguramiento de las cantidades anticipadas (a menos que el Banco descontante hubiera actuado a sabiendas en perjuicio del adquirente deudor cambiario)<sup>(36)</sup>, a considerar actualmente que el Banco descontante es receptor de las cantidades anticipadas y, como tal, tiene responsabilidad frente al adquirente si conocía o

---

(34) SSTs núm. 588/2024, de 6 de mayo (JUR 2024, 137780); 587/2024, de 6 de mayo (JUR 2024, 137853); 344/2024, de 11 de marzo (JUR 2024, 87494); 306/2024, de 4 de marzo (JUR 2024, 78048); 132/2024, de 5 de febrero (JUR 2024, 48710) y 682/2023 de 8 de mayo (RJ 2023, 3235).

(35) SSTs núm. 500/2024, de 15 de abril (JUR 2024, 118333); 468/2016, de 7 de julio (RJ 2016, 2898); 174/2016, de 17 de marzo (RJ 2016, 862); 142/2016, de 9 de marzo (RJ 2016, 955) y 733/2015, de 21 de diciembre (RJ 2015, 5403).

(36) SSTs núm. 467/2014, de 25 de noviembre (RJ 2014, 6008); 205, 206, 210 y 211 todas ellas de 24 de abril de 2014 (RJ 2014, 3043; 3044; 3029 y 2979), y del mismo ponente. En todas se formuló un voto particular por el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, al que se adhiere el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo. Posteriormente mantuvieron esta doctrina las SSTs núm. 367/2015, de 18 de junio (RJ 2015, 4291); 897/2021, de 21 de diciembre (RJ 2022, 202) y 472/2022, de 8 de junio (RJ 2022, 3130).

hubiera podido conocer que se trataba de cantidades anticipadas por adquirentes de viviendas en construcción, por cuanto tiene el deber de indagar razonablemente a qué responden los ingresos de dinero realizados en la cuenta del promotor para, en su caso, exigirle que las cantidades anticipadas se ingresen en una cuenta especial y que su devolución se encuentre garantizada, por lo que, como entidad de crédito receptora de los anticipos, debe responder frente a la reclamación del adquirente<sup>(37)</sup>.

## 10. GARANTÍAS QUE DEBEN OTORGARSE: SEGURO DE CAUCIÓN O AVAL SOLIDARIO

Según el apartado uno 1. a) DA 1.<sup>a</sup>, la garantía de devolución de las cantidades anticipadas puede realizarse a través de un seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, o bien mediante un aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas. Estas formas de garantía ya se establecían en la Ley 57/1968, aunque la actual regulación ha introducido algunas modificaciones, casi siempre desfavorables para la posición jurídica de los adquirentes.

A continuación, nos referiremos a los aspectos esenciales de ambas garantías.

### 10.1 Títulos colectivos o individuales

La DA 1.<sup>a</sup> dice que, para que un seguro de caución pueda servir como garantía de las cantidades anticipadas, se suscribirá una «*póliza de seguro individual por cada adquirente*», en la que se identifique el inmueble para cuya adquisición se entregan los anticipos. Sin embargo, el número 2 del apartado dos DA 1.<sup>a</sup>, referido al aval como garantía, no contiene ninguna referencia a que el aval deba ser individual.

Con esta mención a la póliza individual, se pretende evitar el denominado «*contrato de seguro colectivo*», referido al conjunto constituido por los asegurados adquirentes de las unidades privativas de una determinada finca o de una unidad orgánica de viviendas, que se regulaba en el apartado 2.º letra a) de la Orden de 29 de noviembre de 1968, diferenciándolo de la «*póliza individual de seguro*», que era complementaria del anterior<sup>(38)</sup>.

(37) SSTs núm. 491/2024, Pleno, de 12 de abril (JUR 2024, 111405) y 492/2024, de 12 de abril (JUR 2024, 111206), siendo ponente de la primera el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

(38) Esta Orden sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas fue derogada, junto con la Ley 57/1968 y otras normas, por la Disposición final tercera de la Ley 20/2015.

La Orden indicaba expresamente que el título de garantía a favor del comprador asegurado lo constituía la póliza individual de seguro [apartado 2.º letra b)], con lo que se planteó la cuestión de si se encontraban garantizados los adquirentes de la promoción respecto de los que no se hubiera emitido la correspondiente póliza o certificado individual, aunque el promotor tuviera contratada la póliza colectiva. La misma cuestión se planteó respecto de los avales colectivos cuando no se hubieran emitido los correspondientes avales individuales a favor de cada adquirente.

Pues bien, a pesar de que expresamente la Orden señalaba que el título de garantía era la póliza individual y no la colectiva<sup>(39)</sup>, el TS, antes y después de la derogación de la Orden de 29 de noviembre de 1968, ha afirmado repetidamente que es suficiente el otorgamiento de la póliza o aval colectivo para entender que todos los adquirentes de la promoción se encuentran garantizados, aunque no se hubiera emitido el certificado o póliza individual de seguro o el aval individualizado respecto de cada adquirente<sup>(40)</sup>.

El TS entiende que el aval o la póliza colectiva son suficientes porque la responsabilidad deriva del propio título *«y su efectividad a la hora de responder frente a los compradores de la totalidad de los anticipos más sus intereses, sin límites cuantitativos y tal y como lo haría el promotor avalado, solo requiere que se hayan hecho entregas a cuenta del precio de cantidades previstas en el contrato y que el promotor haya incumplido su obligación de entregar la vivienda»*<sup>(41)</sup>.

Como se observa, lo relevante para la jurisprudencia no es que el título de garantía sea colectivo o individual, sino constatar la realidad de las entregas y su correspondencia con las cantidades previstas en el contrato como anticipos a cuenta del precio de la vivienda<sup>(42)</sup>.

Por otra parte, la entidad garante (avalista o aseguradora) responderá como lo haría el promotor, porque precisamente está garantizando su

---

(39) Por lo que muchos autores entendían que la póliza colectiva no implicaba concesión de cobertura para los adquirentes hasta que se expedieran los certificados o pólizas individuales. En este sentido, MALDONADO MOLINA, F. J., *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, pp. 20 ss.; PÉREZ CALVO, I., *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, pp. 54 ss.; LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, pp. 38 ss.

(40) SSTs núm. 775/2024, de 3 de junio (JUR 2024, 167980); 655/2024, de 13 de mayo (JUR 2024, 154772); 526/2024, de 22 de abril (JUR 2024, 130640); 527/2024, de 22 de abril (JUR 2024, 137788); 626/2016, de 24 de octubre (RJ 2016, 4971); 272/2016, de 22 de abril (RJ 2016, 2088) y 322/2015, Pleno, de 23 de septiembre (RJ 2015, 4020).

(41) SSTs núm. 1000/2024, de 15 de julio (JUR 2024, 216485); 775/2024, de 3 de junio (JUR 2024, 167980); 526/2024, de 22 de abril (JUR 2024, 130640) y 527/2024, de 22 de abril (JUR 2024, 137788).

(42) SSTs núm. 775/2024, de 3 de junio (JUR 2024, 167980); 526/2024, de 22 de abril (JUR 2024, 130640); 527/2024, de 22 de abril (JUR 2024, 137788); 1666/2023, de 28 de noviembre (JUR 2023, 446964); 1565/2023, de 13 de noviembre (JUR 2023, 439314) y 597/2022, de 12 de septiembre (RJ 2022, 4042).

obligación de devolución. Por lo tanto, deberá devolver la totalidad de las cantidades anticipadas (más los impuestos aplicables e intereses legales), aunque las mismas se hubieran entregado al promotor en metálico, o en un cheque nominativo, o se hubieran ingresado en una cuenta bancaria diferente de la cuenta especial, puesto que la falta de apertura de la cuenta especial o de ingreso en la misma de las cantidades anticipadas no pueden perjudicar al adquirente<sup>(43)</sup>. Lo único relevante es que el adquirente efectivamente haya entregado esas cantidades y que esa entrega estuviera prevista en el contrato de compraventa<sup>(44)</sup>.

Y, además, el garante tendrá que responder, como lo haría también el promotor, de la devolución de la totalidad de las cantidades anticipadas (más los impuestos aplicables e intereses legales) aunque su importe exceda del límite del aval o del límite del seguro de caución concertados, sin que se le puedan aplicar al adquirente los límites cuantitativos o de cualquier otro tipo contenidos en la póliza o aval<sup>(45)</sup>.

No obstante, como excepción a esta doctrina, el TS ha señalado que, cuando se entienda que no se ha podido generar en los adquirentes la confianza de que la devolución de sus cantidades anticipadas se encuentra garantizada –por tratarse de un título colectivo genérico, indeterminado en cuanto a la promoción de que se trate y a otras circunstancias, sin referencias a la obligación legal de garantizar la devolución de las cantidades–, la póliza o aval genérico no serían suficientes para considerar que se encuentra garantizada la devolución de las cantidades anticipadas<sup>(46)</sup>.

---

(43) SSTs núm. 1000/2024, de 15 de julio (JUR 2024, 216485); núm. 775/2024, de 3 de junio (JUR 2024, 167980); 655/2024, de 13 de mayo (JUR 2024, 154772); 2/2024, de 8 de enero (JUR 2024, 17122); 650/2023, de 3 de mayo (RJ 2023, 3256); 534/2022, de 5 de julio (RJ 2022, 3661); 94/2021, de 22 de febrero (RJ 2021, 805); 6/2020, de 8 de enero (RJ 2020, 8) y 8/2020, de 8 de enero (RJ 2020, 6), en todas ellas los compradores entregaron algunas cantidades en metálico a la promotora. Véase también la STS núm. 655/2024, de 13 de mayo (JUR 2024, 154772).

(44) SSTs núm. 1666/2023, de 28 de noviembre (JUR 2023, 446964); 1565/2023, de 13 de noviembre (JUR 2023, 439314); 94/2021, de 22 de febrero (RJ 2021, 805) y 6/2020, de 8 de enero (RJ 2020, 8).

(45) En este sentido, la STS núm. 322/2015, Pleno, de 23 de septiembre (RJ 2015, 4020), dice: «Esta Sala también ha declarado que el importe cubierto por el seguro debe comprender todas las cantidades entregadas a cuenta del precio, aunque la póliza de seguro establezca una cantidad máxima inferior, porque en otro caso se infringirían el artículo 2 de la Ley 57/1968 y el artículo 68 LCS [Sentencias 476/2013, de 3 de julio y 779/2014, de 13 de enero de 2015]». Véanse también las SSTs núm. 526/2024, de 22 de abril (JUR 2024, 130640); 597/2022, de 12 de septiembre (RJ 2022, 4042); 521/2021, de 12 de julio (RJ 2021, 3356); 2/2020, de 8 de enero (RJ 2020, 2); 653/2019, de 10 de diciembre (RJ 2019, 5205) y 298/2019, de 28 de mayo (RJ 2019, 2169).

(46) STS núm. 131/2024, de 5 de febrero (JUR 2024, 48915), relativa a una «póliza de contragarantía de avales» que no mencionaba la Ley 57/1968 ni ninguna promoción. Las SSTs núm. 1156/2023, de 17 de julio (RJ 2023, 5038), 584/2022, de 26 de julio (RJ 2022, 3393) y 1/2020, de 8 de enero (RJ 2019, 5391), relativas a una «línea de avales genérica», que tampoco hacía referencia a una promoción determinada. Y las SSTs núm. 685/2023, de 8 de mayo (RJ 2023, 3283) y 429/2022, de 30 de mayo (RJ 2022, 2432), referidas igualmente a una «línea de avales» que no mencionaban la Ley 57/1968. Esta doctrina jurisprudencial es criticable. Parece fundar

Con estos antecedentes, parece razonable entender que, a pesar de la falta de emisión de la póliza o aval individual, el TS continuará considerando garantizados a los adquirentes en los mismos supuestos en los que actualmente afirma que es suficiente la emisión de una póliza o aval colectivo para entender garantizada la devolución de la totalidad de las cantidades anticipadas. No sería lógico que, de una norma introducida expresamente para dotar de mayor seguridad y protección a los adquirentes de viviendas en construcción<sup>(47)</sup>, resultara una pérdida de derechos –respecto de su situación anterior–, cuando el promotor que hubiera contratado una póliza colectiva, incumpliendo sus obligaciones, no gestionara y entregara a los adquirentes las pólizas individuales.

## 10.2 Cuestiones relativas al seguro de caución y a su reclamación

En el contrato de seguro de caución, será tomador del seguro el promotor, que deberá pagar la prima, y será asegurado el adquirente que figure en el contrato de compraventa. El asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el promotor tomador del seguro, y, especialmente, no podrá alegar la falta de pago de la prima. La duración del contrato no podrá ser inferior a la fecha prevista de entrega de las viviendas.

Según lo dispuesto en la letra h) del número 1 del apartado dos DA 1.<sup>a</sup>, en el caso de que la construcción no se inicie o llegue a buen fin en el plazo convenido, el adquirente (asegurado) deberá requerir de manera fehaciente a la promotora para que le devuelva las cantidades anticipadas, incluidos los impuestos aplicables y sus intereses. Si la promotora, en el plazo de treinta días desde el requerimiento, no le hubiera devuelto la totalidad de estos importes, el asegurado podrá reclamar a la aseguradora el abono de la indemnización correspondiente. Cuando no sea posible la reclamación previa al promotor, el asegurado podrá reclamar directamente a la aseguradora.

---

la existencia de la garantía no tanto en el propio título y en la aplicación (o no) al mismo de la Ley 57/68 (por el contenido del título, antecedentes, finalidad, etc.), sino en la posible confianza que la existencia del título haya producido al adquirente de que sus entregas quedaban garantizadas, lo que CARRASCO PERERA, Á., *CESCO*, 2020-a, califica de «línea doctrinal peligrosa». Véase también el comentario crítico a esta doctrina en LÓPEZ SAN LUIS, R., *CCJC*, núm. 114, 2020 (consultado en Proview Aranzadi).

(47) Véase la justificación a la enmienda 73, presentada por el Grupo Parlamentario Popular al Proyecto de Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras en el Congreso de los Diputados (BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-132-2, de 12 de mayo de 2015, especialmente, pp. 73-74).

A diferencia de lo que, al menos con carácter general, había establecido la jurisprudencia en el régimen anterior<sup>(48)</sup>, actualmente parece que es necesaria la reclamación previa al promotor antes de reclamar a la aseguradora. En cualquier caso, como vimos anteriormente, si la compañía aseguradora incurriera en mora en el cumplimiento de su obligación de pago al adquirente de las cantidades garantizadas, se podría aplicar el artículo 20 LCS.

La letra l) del número 1 del apartado dos DA 1.<sup>a</sup> establece que, en todo lo que no esté específicamente dispuesto, se aplicará la LCS al seguro de caución en garantía de cantidades anticipadas. Por esta razón, puede pensarse que el plazo de prescripción de la acción del asegurado frente a la entidad aseguradora deberá ser el de dos años contemplado en el artículo 23 LCS, al tratarse el seguro de caución de un seguro de daños<sup>(49)</sup>. Sin embargo, no es totalmente descartable que, para conseguir una cierta coherencia entre los dos tipos de garantías previstas en la LOE (seguro de caución y aval bancario), el TS mantenga la doctrina actualmente vigente, que considera que el plazo de prescripción contra la aseguradora en reclamación de cantidades entregadas a cuenta es el general de cinco años del artículo 1964 CC y no el de dos del artículo 23 LCS<sup>(50)</sup>.

Si la aseguradora tiene que hacer efectiva la garantía frente a la reclamación del adquirente, posteriormente podrá reclamar al promotor las cantidades satisfechas, a cuyo efecto se subrogará en los derechos que correspondan al adquirente. Además, hasta que el promotor no pague a la aseguradora la cantidad que ésta entregó a los adquirentes, no podrá enajenar la vivienda [letras j) y k) del número 1 del apartado dos DA 1.<sup>a</sup>]<sup>(51)</sup>.

---

(48) STS núm. 643/2005, de 15 de julio (RJ 2005, 962). No obstante, véanse las diferentes matizaciones jurisprudenciales en GARCÍA PÉREZ, C. L., *CCJC*, núm. 122, 2023 (consultado en Proview Aranzadi).

(49) En este sentido se pronuncian FERNÁNDEZ MANZANO, L. A. y RUIZ ECHAURI, J., 2015, p. 110; FERNÁNDEZ BALDOMERO, E., *European Scientific Journal*, pp. 367-368.

(50) SSTS núm. 930/2024, de 1 de julio, (JUR 2024, 216486); 374/2021, de 31 de mayo (RJ 2021, 2592); 200/2021, de 13 de abril (RJ 2021, 1709); 524/2020, de 14 de octubre (RJ 2020, 3781); 464/2020, de 14 de septiembre (RJ 2020, 3286); 463/2020, de 14 de septiembre (RJ 2020, 3278); 401/2020, de 6 de julio (RJ 2020, 2308); 148/2020, de 4 de marzo (RJ 2020, 734); y la que inició la doctrina jurisprudencial, la STS 320/2019, Pleno, de 5 de junio (RJ 2019, 2722). CARRASCO PERERA, Á., *CESCO*, 2020-b, mantiene una posición contraria a la equiparación de los plazos de prescripción. En cualquier caso, téngase presente que respecto del aval se ha establecido un plazo de caducidad de la garantía (no de la acción) de dos años, lo que inevitablemente introducirá alguna diferencia entre el régimen jurídico de la reclamación a la avalista y a la aseguradora, por lo que YZQUIERDO TOLSADA, M., 2020, p. 297, razonablemente considera que es necesario que el legislador aclare la situación.

(51) Más información sobre estas cuestiones en ESTRUCH ESTRUCH, J., 2017, pp. 64-68.



### 10.3 Cuestiones relativas al aval solidario y a su reclamación

#### 10.3.1 *Reclamación previa al promotor*

El promotor también puede garantizar la devolución de las cantidades anticipadas mediante un aval solidario emitido por una entidad de crédito debidamente autorizada.

A este aval solidario es de aplicación todo lo que ya hemos dicho respecto de las cantidades que deben asegurarse; la suficiencia de los avales colectivos para considerar garantizada la devolución de todas las cantidades entregadas por los adquirentes y que tuvieran reflejo en el contrato, aunque no se emitieran los avales individuales; la cobertura de todas las cantidades entregadas y que se correspondan con el contrato, aunque se paguen en metálico al promotor o se ingresen en una cuenta bancaria diferente de la cuenta especial; la ineficacia frente al adquirente de los límites cuantitativos o de cualquier otro tipo contenidos en el aval, etc.

Al igual que vimos que se establecía en el seguro de caución, también en el caso del aval, y a pesar de su consideración como solidario, exige la DA 1.<sup>a</sup> [letra b), número 2, apartado dos], que el adquirente beneficiario del aval reclame previamente al promotor la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos y los intereses legales. Solo en el caso de que el promotor, en el plazo de treinta días desde la reclamación, no haya procedido a la devolución de estas cantidades podrá el adquirente exigir al avalista el abono de las mismas. No obstante, si no resultara posible la reclamación previa al promotor, la norma admite la reclamación directa al avalista.

En cualquier caso, creemos que, como ha declarado la jurisprudencia, se trata de un aval de naturaleza autónoma, en el sentido de que su exigencia queda supeditada únicamente a la norma imperativa que lo establece y a sus propios términos<sup>(52)</sup>.

A diferencia de lo dispuesto para la aseguradora, a la que se le conceden treinta días para entregar las cantidades aseguradas al adquirente, en el supuesto de aval bancario no se establece ningún plazo para que la avalista cumpla la obligación garantizada, por lo que la entidad de crédito deberá considerarse en mora desde el momento en que el adquirente le requiera de pago<sup>(53)</sup>.

---

(52) SSTS núm. 486/2015, de 9 de septiembre (RJ 2015, 4180) y 218/2014, Pleno, de 7 de mayo (RJ 2014, 3126). Véase el comentario a esta última de SANZ ACOSTA, L., *La Ley*, consultado en *laleydigital* (*La Ley* 5736/2014).

(53) AÑON CALVETE, J., *Tirantonline.com*, p. 4.

10.3.2 *Caducidad del aval*

Finalmente, se establece que el aval caducará en el plazo de dos años *«a contar desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada sin que haya sido requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas»*.

A pesar de que la norma se refiere al transcurso de dos años desde el incumplimiento de la *«obligación garantizada»*, que, en realidad, es la de devolver el dinero anticipado, entendemos que lo que pretendía el legislador era fijar la caducidad del aval una vez que transcurran dos años desde el incumplimiento del plazo de entrega de la vivienda o del inicio de las obras, si es que el adquirente no resuelve el contrato de compraventa dentro de ese plazo y solicita la devolución de las cantidades anticipadas.

Por lo tanto, para que el adquirente pueda reclamar la obligación garantizada al avalista, necesariamente tendrá que resolver previamente el contrato de compraventa y solicitar al promotor la devolución de las cantidades anticipadas dentro del plazo de los dos años posteriores a la fecha prevista de entrega de la vivienda. Una vez resuelto el contrato y reclamada al promotor la devolución de las cantidades anticipadas dentro de ese plazo de dos años, si el promotor no las devuelve en el plazo de treinta días, el adquirente podrá interponer la pertinente acción contra el avalista dentro del plazo general de prescripción de cinco años<sup>(54)</sup>.

Evidentemente, este plazo de caducidad del aval no puede aplicarse retroactivamente a los avales otorgados antes de la entrada en vigor de la DA 1.<sup>a</sup> (que fue el 1 de enero de 2016) y, además, entendemos que no puede apreciarse de oficio por los Tribunales, pues la norma no impone la caducidad de la acción del adquirente frente al avalista, que podría ser apreciable de oficio, sino la caducidad de la garantía, que es algo diferente, y que deberá alegar en el proceso la entidad avalista (arts. 216 LEC)<sup>(55)</sup>.

---

(54) Esta interpretación es coherente con lo establecido en la letra a) del apartado dos, número 2, de la DA 1.<sup>a</sup>, que dispone que el aval debe mantenerse en vigor por la entidad de crédito *«desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor»*. Más detalle en ESTRUCH ESTRUCH, J., 2017, pp. 71-73. Véase también SÁENZ DE JÚBERA HIGUERO, B., *RCDI*, pp. 1274, 1282-1284.

(55) Véanse las SSTs núm. 752/2021, de 2 de noviembre (RJ 2021, 4987); 715/2021, de 25 de octubre (RJ 2021, 4896); 374/2021, de 31 de mayo (RJ 2021, 2592) y 200/2021, de 13 de abril (RJ 2021, 1709), y el comentario a la primera de MORENO NAVARRETE, M. Á., *CCJC*, núm. 119, 2022 (consultado en Proview Aranzadi).

## 11. SUPUESTOS EN LOS QUE EL ADQUIRENTE PUEDE EXIGIR LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS

De los apartados tres letra a), cuatro y cinco de la DA 1.<sup>a</sup> se desprende que si la construcción no hubiera llegado a iniciarse, o la vivienda no hubiera sido entregada con la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculte para su ocupación dentro de los plazos convenidos, el adquirente podrá resolver el contrato, exigiendo la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables y los correspondientes intereses legales, o conceder una prórroga al promotor.

Si el adquirente optara por la resolución del contrato y la exigencia de devolución de las cantidades entregadas y el promotor no hiciera efectivo su pago en el plazo de treinta días desde el requerimiento, podría reclamar la devolución de estas cantidades de las entidades que asumieron la garantía de esta obligación del promotor [letra h) del apartado dos, número 1 y letra b) del apartado dos, número 2 DA 1.<sup>a</sup>].

Por lo tanto, la primera causa de resolución del contrato contemplada por la DA 1.<sup>a</sup> es que la construcción no se inicie dentro del plazo convenido. Por inicio de la construcción, a nuestro juicio, debe entenderse, al menos, la suscripción del acta de replanteo o de comienzo de obra<sup>(56)</sup>.

La segunda causa de resolución es la falta de entrega de la vivienda junto con la licencia de primera ocupación o el documento administrativo que faculte para su adecuada utilización en el plazo convenido<sup>(57)</sup>.

---

(56) Cfr. artículos 11, 12 y 13 LOE. Véase ESTRUCH ESTRUCH, J., 2017, pp. 81-83.

(57) Evidentemente, no se considerará cumplida la obligación de entrega del promotor si la vivienda está finalizada, pero carece de las necesarias autorizaciones administrativas que permitan legalmente su ocupación y utilización. Actualmente, no hay duda de que el TS considera que la entrega de la vivienda no es completa si, junto con la edificación terminada, no se entrega al comprador la correspondiente licencia de primera ocupación o documento equivalente. Véanse las SSTS núm. 137/2016, de 9 de marzo (RJ 2016, 959) y 218/2015, de 22 de abril (RJ 2015, 1357).

Por otra parte, en el ámbito de la construcción, la jurisprudencia ha sido muy estricta en la consideración de las causas de fuerza mayor justificativas de un retraso en la entrega de la vivienda. Únicamente se consideran causas de fuerza mayor aquellas circunstancias totalmente imprevisibles e inevitables y no circunstancias totalmente normales en una construcción, que se desarrolla a lo largo de mucho tiempo, como pueden ser el retraso en la actuación de las administraciones públicas o de las empresas suministradoras, las inclemencias meteorológicas, el hallazgo de restos arqueológicos, la falta de mano de obra, las huelgas de la construcción, los accidentes que se puedan producir en la obra, la falta de financiación, etc. Véanse las SSTS núm. 535/2016, de 14 de septiembre (RJ 2016, 4433); 744/2014, de 22 de diciembre (RJ 2014, 6406); 743/2013, de 19 diciembre de 2014 (RJ 2014, 6625) y 742/2014, de 11 de diciembre (RJ 2014, 6374).

Respecto de esta causa de resolución, el TS a lo largo de los últimos años ha ido modulando su doctrina, admitiendo actualmente la resolución del contrato de compraventa por retraso en la entrega de la vivienda o en la concesión de la licencia de primera ocupación aun cuando el retraso no sea de especial intensidad o relevancia<sup>(58)</sup>. No obstante, exige que el derecho de opción del comprador por la resolución se ejercite de buena fe, sin admitir resoluciones por razones oportunistas, que no tengan un interés jurídicamente atendible<sup>(59)</sup>.

Al margen de las causas de resolución previstas en la DA 1.<sup>a</sup>, la jurisprudencia ha considerado que el adquirente también podrá resolver el contrato y exigir del promotor (y, en su caso, de los garantes) la devolución de las cantidades anticipadas, junto con los impuestos e intereses, cuando, a pesar de que se haya finalizado la construcción de la vivienda con la correspondiente licencia de ocupación, exista algún problema urbanístico que haga peligrar «*el uso pacífico de futuro, sin miedos y sobresaltos por ilegalidades urbanísticas*»<sup>(60)</sup>; o bien cuando el promotor pretenda entregar la vivienda con alguna carga no prevista en el contrato, o sin haber amortizado la hipoteca que gravaba la vivienda construida en la cuantía convenida<sup>(61)</sup>.

## 12. LA CONCESIÓN DE PRÓRROGA POR EL ADQUIRENTE

Ante el retraso en la entrega de la vivienda o en el inicio de las obras, el adquirente también podrá conceder una prórroga al promotor para que finalice más tarde la construcción. Esta prórroga deberá hacerse constar

---

(58) Véanse las SSTs núm. 731/2015, de 21 de diciembre (RJ 2016, 31) y 778/2014, Pleno, de 20 de enero (RJ 2015, 361). A pesar de que desde la Ley 57/1968 el retraso en la entrega de la vivienda tenía la consideración de causa legal de resolución a la que podía optar el adquirente que anticipó cantidades (*Cfr.* artículo 3 Ley 57/1968), solo muy recientemente el TS ha considerado que el retraso en la entrega de la vivienda o en la concesión de la licencia de primera ocupación, aun cuando no sea especialmente relevante o intenso, justifica esa resolución. Puede verse la evolución jurisprudencial en ESTRUCH ESTRUCH, J., 2017, pp. 88-102.

(59) Se entiende que el comprador ejercita de mala fe su derecho de optar por la resolución del contrato cuando lo haga una vez que la vivienda está terminada y en condiciones de ser entregada con la correspondiente licencia de ocupación, y el vendedor ya le hubiera requerido para otorgar la escritura [SSTs núm. 220/2016, de 7 de abril (RJ 2016, 4289); 732/2015, de 30 de diciembre (RJ 2015, 5748); 476/2015, de 10 de septiembre (RJ 2015, 3715) y 237/2015, de 30 de abril (RJ 2015, 1363)].

(60) STS núm. 527/2016, de 12 de septiembre (RJ 2016, 4437). Véase el comentario a la misma de GARCÍA ABURUZA, M.<sup>a</sup> P., *Revista Aranzadi Doctrinal*, consultado en BIB 2016\85547; y de CARRANCHO HERRERO, T., *CCJC*, núm. 104, 2017 (consultado en Proview Aranzadi).

(61) SSTs 130/2024, de 5 de febrero (JUR 2024, 47559); 128/2021, de 8 de marzo (RJ 2021, 1066) y 255/2019, de 7 de mayo (RJ 2019, 1882).

en una cláusula adicional del contrato, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda (apartado cuarto DA 1.<sup>a</sup>). Sin embargo, debe tenerse presente que la concesión de esta prórroga por el adquirente podría conllevar la pérdida de la garantía de devolución de las cantidades anticipadas (*cfr.* artículos 1851 CC y 11 y 12 LCS), ya que la entidad aseguradora o avalista no tiene la obligación de prorrogar el contrato de seguro o aval para garantizar la devolución en el caso de que la vivienda no se entregue dentro del nuevo plazo convenido en la prórroga.

La entidad aseguradora o avalista es libre de ampliar o no el plazo de garantía previsto inicialmente, por lo que puede negarse a ello [*cfr.* letra f) apartado dos.1 DA 1.<sup>a</sup>], aunque, en ocasiones, le convendrá más aceptar la prórroga de la garantía que proceder de inmediato a devolver al adquirente las cantidades garantizadas (si es que el adquirente no aceptara la prórroga ofrecida por el promotor a menos que la garante, a su vez, acepte la ampliación del plazo de garantía).

### 13. CANCELACIÓN DE LAS GARANTÍAS

El apartado 5 DA 1.<sup>a</sup> indica que las entidades garantes podrán cancelar las garantías cuando se acredite por el promotor la entrega de la vivienda al adquirente una vez expedida la licencia de ocupación o el documento equivalente. También podrán cancelar las garantías si el adquirente rehúsa injustificadamente recibir la vivienda totalmente terminada y con la correspondiente licencia de ocupación.

Por otra parte, la jurisprudencia ha considerado que también se podrán extinguir las garantías si, antes del vencimiento del plazo de inicio de la construcción o de entrega de la vivienda, el adquirente y el promotor llegan a un acuerdo para dejar sin efecto el contrato de compraventa.

Ahora bien, se mantendrán las garantías y, por lo tanto, el adquirente podrá dirigirse contra las entidades garantes exigiendo la restitución de las cantidades anticipadas, si el mutuo disenso fuera posterior a la fecha prevista de entrega de la vivienda o de inicio de la construcción y este acuerdo para dejar sin efecto el contrato de compraventa estuviera motivado por el previo incumplimiento de las obligaciones del promotor y no por la libre determinación del adquirente<sup>(62)</sup>.

---

(62) SSTs núm. 520/2021, de 12 de julio (RJ 2021, 3362); 173/2021, de 29 de marzo (RJ 2021, 1471); 2/2020, de 8 de enero (RJ 2020, 2); 578/2015, de 19 de octubre (RJ 2015, 4847); 434/2015, de 23 de julio (RJ 2015, 3513) y 133/2015, Pleno, de 23 de marzo (RJ 2015, 1158).

De igual modo, se admite que el comprador, después del incumplimiento de la obligación de entrega por el promotor, pueda libremente llegar a un acuerdo transaccional con éste (v. gr. condonando parte de las cantidades adeudadas, o los intereses, a cambio del cobro inmediato de lo debido), acuerdo transaccional que beneficiará igualmente a las entidades garantes y también a la entidad de crédito receptora de los anticipos<sup>(63)</sup>.

#### 14. IMPERATIVIDAD DE LA REGULACIÓN CONTENIDA EN LA DA 1.<sup>a</sup>

Tanto por los antecedentes legislativos como por la tramitación parlamentaria de la norma<sup>(64)</sup>, puede defenderse que el contenido de la DA 1.<sup>a</sup> es imperativo, al menos en cuanto a la protección mínima que se debe dispensar al adquirente de vivienda que anticipa cantidades durante su construcción. Por lo tanto, respecto de esa protección mínima imperativa no puede operar la autonomía de la voluntad, por lo que todas aquellas disposiciones contractuales que, en perjuicio del adquirente, reduzcan la protección dispensada por la norma, deberían considerarse nulas por contravención de una norma imperativa (art. 6.3 CC), con la consecuencia de tenerse por no puestas<sup>(65)</sup>.

Además, cuando el adquirente de la vivienda sea un consumidor, se podrán declarar abusivas todas las estipulaciones del contrato de compraventa no negociadas individualmente *«que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»* (art. 82 LGDCU); siendo abusivas, en todo caso, las cláusulas contractuales *«que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas»* (art. 86 LGDCU).

---

(63) SSTs núm. 446/2020, de 20 de julio (RJ 2020, 2488) referida a la entidad de crédito avalista, y núm. 459/2017, de 18 de julio (RJ 2017, 3643), referida a la entidad de crédito receptora de los anticipos. Véase el completo comentario a esta última sentencia de MILA RAFEL, R., *CCJC*, núm. 107, 2018 (consultado en Proview Aranzadi).

(64) El legislador, en el Preámbulo de la Ley 20/2015, señaló que la finalidad de la reforma del régimen jurídico de las cantidades anticipadas era *«dotar de mayor seguridad jurídica a la posición del adquirente de vivienda»*. Por otro lado, gran parte de la regulación actual de la DA 1.<sup>a</sup> reproduce el contenido de la Ley 57/1968, que era claramente imperativa y, además, en su artículo 7 consideraba irrenunciables los derechos que la norma concedía a los adquirentes de viviendas.

(65) En el mismo sentido, PÉREZ VEGA, Á., *RdPat*, pp. 171-172; CASADO CASADO, B., *InDret*, p. 10; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *RDP*, p. 34.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALMARCHA JAIME, J., «Modificaciones introducidas en el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas por la LOSSEAR», *CESCO*, 24 de octubre de 2015.
- ALONSO PÉREZ, M.<sup>a</sup> T., «Las cantidades anticipadas a cuenta del precio en la compraventa de vivienda por construir», *RGLJ*, núm. 1, 2010.
- ANÓN CALVETE, J., «Nuevo régimen jurídico de las obligaciones del promotor por la percepción de cantidades a cuenta. (Derogación de la Ley 57/68 y modificación de la D.A. 1.<sup>a</sup> de la LOE)», *tirantonline.com*, 27 de julio de 2015 (TOL5.212.164).
- BUSTO LAGO, J. M., «Comentario a la STS 12 julio 2016», *CCJC*, núm. 103, 2017 (consultado en Proview Aranzadi).
- CARRANCHO HERRERO, T., «Comentario a la STS 12 septiembre 2016», *CCJC*, núm. 104, 2017 (consultado en Proview Aranzadi).
- CARRASCO PERERA, Á., «Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción», en CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.<sup>a</sup> C., *Régimen jurídico de la Edificación*, Pamplona, 2007.
- CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.<sup>a</sup> C., «Garantías por cantidades anticipadas en construcción y venta de viviendas», en *Derecho de la construcción y la vivienda*, Pamplona, 2012.
- CARRASCO PERERA, Á., «Sobre una propuesta del Partido Popular de modificación del régimen de cantidades adelantadas en la compra de vivienda», *CESCO*, 21 de mayo de 2015.
- «Garantías por cantidades adelantadas en compraventa de vivienda: un paso atrás», *CESCO*, 31 de enero de 2020, (2020-a).
- «La nueva litigiosidad en materia de adelantos de precio de compraventa de viviendas», *CESCO*, 19 de septiembre de 2020, (2020-b).
- CARRASCO PERERA, Á. y ALMARCHA JAIME, J., «El nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (LOSSEAR)», *RES*, núm. 167, 2016.
- CASADO CASADO, B., «Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía», *InDret*, núm. 4, 2016.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda en construcción. (Interpretación y aplicación jurisprudencial de la Ley 57/1968)», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2015 (consultado en BIB 2015/4804).
- DÍAZ TELJEIRO, C. M.<sup>a</sup>, «La responsabilidad de los bancos por la percepción de cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda», *RDC*, Vol. 6, núm. 3, 2019.
- DIEGUEZ OLIVA, R., «Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria», *RdPat*, núm. 22, 2009.
- ESTRUCH ESTRUCH, J. *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, Madrid, 2009.
- *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*, Valencia, 2017.



- FERNÁNDEZ BALDOMERO, E., «El seguro de caución para garantizar el percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas en la DA 1.<sup>a</sup> de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», *European Scientific Journal*, vol. 11, núm. 34, 2015 (consultado el 3 de septiembre de 2024, en [eujournal.org/index.php/esj/article/viewFile/6737/6463](http://eujournal.org/index.php/esj/article/viewFile/6737/6463)).
- FERNÁNDEZ MANZANO, L. A. y Ruiz Echauri, J. (Coord.), *Comentarios a la LOSSEAR*, Madrid, 2015 (consultado el 11 de septiembre de 2024, en [https://es-taticos.expansion.com/opinion/documentosWeb/2015/07/22/doc\\_lossear.pdf](https://es-taticos.expansion.com/opinion/documentosWeb/2015/07/22/doc_lossear.pdf)).
- GALLEGO CÓRCOLES, A., «Comentario a la STS 23 mayo 2014», *CCJC*, núm. 97, 2015.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «Los intereses en la restitución de anticipos en el sistema protector del adquirente de vivienda sobre plano. De la Ley 57/1968 a la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999 reformada por la Ley 20/2015», *RDP*, núm. 6, 2015.
- GARCÍA PÉREZ, C. L., «Comentario a la STS 17 octubre 2022», *CCJC*, núm. 122, 2023 (consultado en Proview Aranzadi).
- GARCÍA ABURUZA, M.<sup>a</sup> P., «Sobre las cantidades anticipadas en la compra de viviendas: la Sentencia del TS de 12 de septiembre de 2016», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2016 (consultado en BIB 2016\85547).
- JUAN GÓMEZ, M. C., «Responsabilidad de las entidades financieras a la luz de la Ley 57/1968. Posicionamiento actual de la jurisprudencia», *RCDI*, núm. 753, 2016.
- LÓPEZ SAN LUIS, R., «Responsabilidad de los garantes en el nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas sobre plano tras la Ley 20/2015, de 14 de julio de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR)», *RCDI*, núm. 763, 2017.
- «Comentario a la STS 8 enero 2020», *CCJC*, núm. 114, 2020 (consultado en Proview Aranzadi).
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., «El seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas y la posible ejecución directa de las pólizas colectivas», *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, núm. 4, 2011.
- MALDONADO MOLINA, F. J., «Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas», *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 37, 2011.
- MARTÍN BRICEÑO, M.<sup>a</sup> R., «Análisis sobre la protección del adquirente de una vivienda en construcción en cuanto a las cantidades anticipadas al promotor a cuenta del precio», *RCDI*, núm. 768, 2018.
- MARTÍN FABA, J. M.<sup>a</sup>, «Cuestiones interesantes sobre cantidades anticipadas destinadas a la compra de viviendas en construcción en la jurisprudencia civil actual», *Cuadernos de Derecho Privado*, 3, 2022.
- MILÀ RAFEL, R., «Comentario a la STS 18 julio 2017», *CCJC*, núm. 107, 2018 (consultado en Proview Aranzadi).
- MORENO NAVARRETE, M. Á., «Comentario a la STS 2 noviembre 2021», *CCJC*, núm. 119, 2022 (consultado en Proview Aranzadi).
- PÉREZ CALVO, I., «El seguro de caución de la Ley 57/1968 y el incumplimiento contractual», *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 52, 2015.





- PÉREZ VEGA, Á., «Algunas consideraciones tras la reforma legal en sede de la obligación del promotor de garantizar las cantidades entregadas a cuenta del precio para la compra de la vivienda», *RdPat*, núm. 40, 2016.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., «Responsabilidad por las cantidades anticipadas o entregadas a cuenta en la compraventa de viviendas en construcción», *RCDI*, núm. 778, 2020.
- SALAS CARCELLER, A., «Garantía de devolución de las cantidades anticipadas por el comprador en la compraventa de viviendas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2016 (consultado en BIB 2016\3055).
- SANZ ACOSTA, L., «Naturaleza autónoma del aval constituido al amparo de la Ley 57/1968, para garantizar las cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda futura», *La Ley* 5736/2014 (consultado en laleydigital).
- SILLERO CROVETTO, B., «La protección del comprador de vivienda. La ley 57/1968 *versus* Disposición Adicional Primera de la LOE», *RDC*, núm. 3, 2016.
- VERDERA SERVER, R., «Los avales prestados en la compraventa con cantidades aplazadas conforme a la Ley 57/1968», en *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, t. 2, Carrasco Perera, Á. (Dir.), Pamplona, 2013.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., «Comentario a la STS 320/2019», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 11, Madrid, 2020.

## C. Responsabilidad civil por falta de conformidad de la vivienda adquirida a través de un contrato de compraventa o de un contrato de obra \*

**María Teresa Alonso Pérez**  
*Catedrática de Derecho civil*  
*Universidad de Zaragoza*  
*alonsop@unizar.es*

**Resumen:** *En este capítulo se analiza la responsabilidad civil por incumplimiento del contrato por el que se adquiere la propiedad de una vivienda, ya sea un contrato de compraventa o un contrato de obra. Se estudian, concretamente, los remedios que ofrece el Ordenamiento jurídico para solventar el problema que genera al adquirente de la vivienda el incumplimiento por parte del vendedor o constructor que entrega o construye una vivienda defectuosa, imperfecta, deficiente, en definitiva, no conforme a lo pactado.*

---

\* Estudio efectuado en el marco de los siguientes Proyectos de Investigación: «Vivir en comunidad: nuevas reglas para un nuevo paradigma» (PID2020-112876GB-C31) financiado por MINECO; Proyecto «Dificultades en el acceso a la vivienda y posibles soluciones» (IUZ2022-CSJ-16) de la Fundación Bancaria Ibercaja; Proyecto «Rehabilitación de edificios y propiedad horizontal» de la Cátedra Zaragoza-Vivienda (Ref. C019/2020\_4).



**Palabras clave:** *Vivienda. Edificio. Responsabilidad civil. Falta de conformidad. Incumplimiento.*

**Abstract:** *This chapter analyses the issue of civil liability for breach of contract for acquiring ownership of a home, whether it is a contract of sale or a construction contract. The remedies offered by the legal system in the event of a home's lack of conformity are studied in order to solve the problem that non-compliance by the seller or builder generates for his counterparty by delivering or building a home that is defective, imperfect, deficient, in short, not in accordance with what was agreed.*

**Keywords:** *Housing. Building. Civil liability. Lack of conformity. Non-compliance. Contract of sale. Building Construction Agreement.*

**Sumario:** 1. Planteamiento. 2. Conjunto normativo de referencia. 3. Elementos subjetivos: 3.1 Sujetos perjudicados: propietarios y terceros adquirentes. 3.2 Sujetos responsables: la disociación e individualización de responsabilidades que permite la LOE. 3.2.1 Regla de principio: responsabilidad personal e individualizada. 3.2.2. La solidaridad como excepción a la regla general. 3.2.3 El promotor responde frente al perjudicado con carácter solidario al resto de agentes que intervienen en la construcción. 3.2.4 Evolución jurisprudencial hacia la individualización de las responsabilidades de los agentes de la edificación. 4. Los plazos de garantía como elementos conformadores del supuesto de hecho en caso de daños materiales causados en la vivienda. 4.1 Plazos de garantía. 4.2 El *dies a quo* del plazo de garantía: la recepción de la obra. 5. El plazo de prescripción de la acción basada en la LOE. 5.1 Los mecanismos de postergación del *dies a quo*. En particular, la configuración de los daños como continuados. 5.2 Inoperancia de las causas de interrupción de la prescripción con respecto a algunos agentes de la edificación demandados. 6. El recurso a otros regímenes distintos de la LOE como indicador de patologías o deficiencias normativas. 7. Reflexiones finales. 8. Bibliografía.

## 1. PLANTEAMIENTO

La propiedad de una vivienda puede adquirirse a través de múltiples negocios jurídicos, en esta ocasión nos vamos a centrar en su adquisición a través del contrato de compraventa y del contrato de obra, en relación a los cuales vamos a estudiar, concretamente, la cuestión de la responsabilidad civil por incumplimiento del vendedor o del contratista frente al comprador o comitente, respectivamente. Se trata de analizar la regulación de la falta de conformidad de la vivienda, y, por tanto, los remedios que puede activar el adquirente o comitente para solventar el problema que plantea el incumplimiento del vendedor o promotor-constructor entregando o construyendo

una vivienda defectuosa, imperfecta, deficiente, en definitiva, una vivienda que no es conforme a lo pactado<sup>(1)</sup>.

No es necesario incidir en la importancia de la materia, habida cuenta de que la adquisición de la propiedad de la vivienda es un contrato de gran relevancia para los particulares y sus familias porque es el lugar donde desarrollan su vida personal y familiar, con todo lo que ello implica. Además, este contrato – y la garantía real hipotecaria que suele concertarse al mismo tiempo para financiar la compra o la construcción– afecta e incide enormemente en la situación económica del destinatario último de la vivienda en concepto de propietario, debido al elevado precio que debe pagarse por su adquisición o construcción, quedando comprometido el patrimonio personal y/o familiar durante un extensísimo período de tiempo. Los problemas que genera la falta de conformidad de la vivienda suelen trascender el ámbito meramente patrimonial o económico de los afectados, pudiendo llegar a verse alterados su estabilidad y equilibrio familiar o personal. Nos encontramos, por tanto, ante un tema de gran trascendencia.

Sin embargo, esta cuestión no debe analizarse atendiendo exclusivamente a los intereses de quien ocupa la posición de la demanda de vivienda en el mercado, sino que, además, debe tenerse en cuenta que el sector de la construcción es relevante en la economía española<sup>(2)</sup>; por ello, la regulación de los contratos que conciertan los demandantes de edificios o viviendas con las empresas y profesionales que ocupan la posición de la oferta en el mercado puede influir en el equilibrio y desarrollo de un sector que es clave para la economía nacional.

Nos encontramos, por tanto, ante una materia en la que convergen intereses diversos y su regulación debería conseguir un justo equilibrio entre unos y otros. Uno de los aspectos que pueden contribuir en mayor medida a dicho equilibrio es el relativo a la responsabilidad. Puede ocurrir que, desde el punto de vista de política legislativa, se entienda que debe prevalecer un interés sobre el otro. En este sentido conviene recordar que el artículo 51 CE establece el principio de protección de los consumidores, lo que habrá de ser considerado en este punto.

Para efectuar el análisis de esta cuestión, partiremos del conjunto normativo de referencia. También estudiaremos la última jurisprudencia en la materia. El hecho de que se cumplan 25 años desde la promulgación de la LOE hace oportuno valorar su incidencia en la práctica, de

---

(1) Debido al alcance de la obra en que se ubica este trabajo voy a referir el estudio a la vivienda, pero todo lo que aquí se dice puede ir referido, en principio, a la construcción y compraventa de edificios, estén destinados o no a vivienda.

(2) No en vano la Exposición de Motivos de la LOE empieza aludiendo a dicha realidad, diciendo que: *El sector de la edificación es uno de los principales sectores económicos con evidentes repercusiones en el conjunto de la sociedad.*

modo que hemos efectuado un análisis exhaustivo de la jurisprudencia vertida en esta materia durante los últimos diez años por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Este examen jurisprudencial nos ha permitido detectar los aspectos más problemáticos en la práctica, los cuales estudiaremos minuciosamente, en orden a proponer, en su caso, mejoras de la regulación. El trabajo comienza con un análisis de las cuestiones que suscitan los sujetos perjudicados, pero es el estudio de aquellos a quienes puede imputarse la responsabilidad el que suscita mayor interés, ya que se plantean numerosos problemas relativos a la organización de la responsabilidad cuando son varios los agentes que intervienen en la edificación, apreciándose en este ámbito una evolución jurisprudencial muy relevante y que se destacará convenientemente. Seguidamente, se estudian los problemas suscitados por los plazos de garantía y de prescripción. Antes de las reflexiones finales, se alude a cómo las deficiencias del régimen jurídico determinan, pese a que se trate de regulación específica o especial, el recurso a normas de alcance general, lo que puede ser indicativo de alguna patología normativa que habría que atender<sup>(3)</sup>.

## 2. CONJUNTO NORMATIVO DE REFERENCIA

Cuando se adquiere la propiedad de una vivienda a través de un contrato de compraventa, el incumplimiento del mismo por parte del vendedor debe reconducirse, en principio, a la regulación de la *responsabilidad por incumplimiento en la compraventa* –saneamiento por vicios ocultos de los artículos 1484 y ss del Código civil–. Sin embargo, estas normas no son resolutivas en este ámbito debido, fundamentalmente, al plazo de caducidad tan breve de 6 meses que establece el artículo 1490 del Código civil para ejercitar las acciones correspondientes. Ahora bien, en caso de que dicho plazo no haya transcurrido, pueden invocarse dichos preceptos como fundamento de la demanda que persiga los remedios arbitrados en dicha sede, siempre y cuando entre el demandante y el demandado haya mediado un contrato de compraventa.

Es sabido que, debido a la inoperancia de las normas que específicamente regulan el incumplimiento contractual por parte del vendedor cuando se aplican a la compraventa de inmuebles edificados, la regulación de estos supuestos se condujo a las normas que regulan *el con-*

---

(3) Quedan excluidos del presente capítulo las cuestiones relativas a los seguros en la construcción y los supuestos de responsabilidad extracontractual. Sobre los seguros en esta materia puede consultarse: PACHECO JIMENEZ, M. N., *Los seguros en el proceso de la edificación*, edit. La Ley, 2008.

*trato de obra*. Más específicamente, el artículo 1591 del Código civil se aplicó a la falta de conformidad en la compraventa de vivienda –y de inmuebles edificados–, aunque se ubica en sede de contrato de obra. De modo que la regulación de la responsabilidad civil por incumplimiento o falta de conformidad ha sido la misma tanto si se adquiría la vivienda a través de un contrato de compraventa como si se mandaba construir a través de un contrato de obra. Lo cual, en principio, no resulta del todo inapropiado porque el contrato de obra que toma como referencia el Código civil es el contrato de construcción de edificios.

El hecho de que la regulación sea la misma con independencia de que nos encontremos ante un contrato de obra o de compraventa arbitra para el comprador remedios propios del contrato de obra, como son la indemnización o la reparación de los desperfectos, neutralizando otros más típicos de la compraventa, como la resolución del contrato con la correspondiente restitución (en caso de que el incumplimiento sea esencial), y que son inoperantes en el contrato de obra por lo que explico a continuación. En efecto, en un contrato de obra no cabe como remedio del incumplimiento del contratista aplicar la resolución del contrato con la consiguiente restitución de las prestaciones porque, cuando se encarga la construcción de una vivienda sobre un solar cuya propiedad es del comitente, la vivienda conforme se va edificando y en todo momento es propiedad del comitente en virtud del principio de accesión inmobiliaria; de modo que el constructor nunca la podría restituir porque nunca detenta su propiedad, quedando abierta únicamente la posibilidad de reparar o indemnizar en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Al extenderse el artículo 1591 del Código civil a la compraventa de vivienda se aplican generalizadamente los remedios de la indemnización o reparación cuando, sin embargo, en la compraventa de vivienda sí cabría, como remedio, la restitución de las prestaciones en caso de que el incumplimiento fuera esencial. No obstante, la falta de conformidad de la vivienda debida a las imperfecciones o defectos que tenga en el momento de la recepción, normalmente no podrá ser considerada un incumplimiento esencial de los que abran la vía a la resolución del contrato con la consiguiente restitución de prestaciones por aplicación del artículo 1124 del Código civil. Si bien en algunos casos sí podría darse ese supuesto y esa posibilidad debería quedar abierta en caso de compraventa<sup>(4)</sup>.

---

(4) Al hilo de la posibilidad de restitución de las prestaciones en caso de contrato de compraventa y siempre que el incumplimiento sea esencial puede ser interesante citar la STS 88/2020, de 6 de febrero (Roj 313/2020) que versa sobre la venta de un apartamento con vistas al mar que, al poco tiempo de su adquisición, quedan obstaculizadas por una nueva construcción que se interpone entre el edificio en que se encontraba el apartamento comprado y el mar. El litigio se fundamenta en el error como vicio del consentimiento y finaliza decretando la nulidad del contrato y ordenando la restitución

En cualquier caso, el artículo 1591 CC se ha entendido aplicable a la compraventa de viviendas y edificios, además de al contrato de obra. La interpretación que del artículo 1591 del Código civil hizo la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo fue perfilando su significado precisamente y lo fue ajustando al desarrollo de las técnicas edificatorias y a la realidad del mercado de la construcción de vivienda y, en consecuencia, incluyendo en su alcance supuestos que no estaban específicamente contemplados en el precepto. Esta doctrina jurisprudencial se construyó y se aplicó por los Tribunales de tal manera que la seguridad jurídica para el adquirente o comitente de la vivienda era máxima a la vista del resultado de los litigios que, en gran medida, le favorecían frente al constructor-promotor o a los profesionales que intervenían en el proceso de edificación o en la comercialización de la vivienda.

En dicho panorama, más que normativo, jurisprudencial, irrumpe hace ahora 25 años la *Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*, reguladora de la misma cuestión que contempla el artículo 1591 del Código civil. Siguiendo la inercia marcada por la situación normativa y jurisprudencial anterior, esta Ley no va a diferenciar los remedios en función de si el contrato celebrado para la adquisición o construcción de la vivienda o edificio es de compraventa o de obra. La regulación, por tanto, va a seguir siendo única para los dos tipos contractuales.

Las relaciones entre la LOE y el artículo 1591 del Código civil suscitaron un intenso debate doctrinal en el momento en que aquella se promulgó, debido a que no fue explícita sobre si derogaba o no el artículo 1591 del Código civil. A mi entender, este debate se cerró en falso porque los Tribunales, desde un principio y apoyados por ciertos autores<sup>(5)</sup>, dieron por sentado que el régimen de los artículos 17 y 18 de la LOE había dero-

---

de las prestaciones que habían solicitado los demandantes porque, si no tenía vistas al mar, no les interesaba el apartamento. No es el caso del que aquí estamos tratando, pero sirve para fundamentar cómo en materia de compraventa de vivienda, la restitución de las prestaciones en caso de incumplimiento esencial (la inexistencia de vistas al mar cuando las mismas aparecen en la publicidad podría considerarse incumplimiento esencial) debería arbitrar el remedio de la restitución.

(5) Consideran derogado el artículo 1591 del Código civil tras la aprobación de la LOE: CARRASCO PERERA, Á., «La insistente recurrencia de un falso problema: ¿Está derogado el art 1591 Código civil?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 454, 2000. Puede verse también, RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y MORENO-TORRES HEREDIA, M.<sup>a</sup> L., en «La LOE y el Código civil», en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, edit. Comares, Granada, 2002, pp. 267 ss. También sostienen esta postura, entre otros, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., en «La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la edificación», en *Anuario de Derecho Civil*, 2000, pp. 406-408; VICENTE DOMINGO, E., «Régimen de responsabilidad en la Ley de Ordenación de la edificación y su coordinación actual: ¿deroga el artículo 1591 del Código civil?», en *Actualidad Civil*, núm. 37, 9 a 15 de octubre de 2000, p. 1396. Más recientemente han sostenido esta postura: SANTANA NAVARRO, F. L., «La coordinación entre la LOE y otras normas del ordenamiento jurídico privados», en *Anuario de Derecho Civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 72, núm. 2, 2019, p. 408.

gado completamente el del artículo 1591 del Código civil, posición que – dicho sea de paso– siguen manteniendo los Tribunales actualmente, cuando, dogmáticamente, no es viable sostener tal postura como reconoce la doctrina más autorizada en la materia<sup>(6)</sup>. Es cierto que los artículos 17 y 18 de la LOE recortaron de una manera importante el alcance del artículo 1591 del Código civil sustrayendo de su ámbito de aplicación los supuestos que representaban el mayor volumen de casos que acogía, pero dicho precepto sigue vigente para su aplicación a la reparación de daños no contemplados estrictamente en la LOE que solo regula la reparación de los daños materiales causados en el edificio<sup>(7)</sup>. De modo que el régimen del artículo 1591 Código civil se debería aplicar, siquiera residualmente, para la reparación de daños de carácter personal –fallecimientos, lesiones–, daños morales y perjuicios materiales ocasionados en bienes que no sean el propio edificio o vivienda –automóviles, bienes muebles, otros inmuebles, etcétera–<sup>(8)</sup>. Por otro lado, se ha entendido que el artículo 1591 CC legitima al promotor –que no puede acogerse a la LOE– para exigir responsabilidad al constructor<sup>(9)</sup>.

En la jurisprudencia de los últimos 10 años todavía se plantea en algunos litigios que llegan en casación al Tribunal Supremo la aplicabilidad del artículo 1591 del Código civil: así, por ejemplo, se aplica el párrafo segundo de dicho precepto para desestimar el recurso de casación en la STS de 8 de marzo de 2011 (Roj 1076/2011); también se aplica el artículo 1591 del Código civil por la STS de 19 de abril de 2012 (Roj: STS 2546/2012), aunque parece ser que es el que corresponde al haberse solicitado la licencia de edificación con anterioridad a la entrada en vigor de la LOE. También la STS 14 de octubre de 2013

---

(6) Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Ley de edificación y Código civil», en *Anuario de Derecho Civil*, 2000, pp. 5-21, CADARSO PALAU, J., en «La responsabilidad de los constructores en la Ley de ordenación de la edificación. Una aproximación a la nueva disciplina», en *El consultor inmobiliario*, núm. 7, noviembre de 2000, p. 10. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, edit. Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2011. p. 965 ss.

(7) Por otro lado, la LOE deja fuera de su ámbito de aplicación las obras de escasa entidad constructiva y sencillez técnica, las intervenciones sobre edificios existentes que no alteren su configuración arquitectónica, las obras que no sean una intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección ambiental o histórico-artística. A estos supuestos podría resultar de aplicación el artículo 1591 CC.

(8) Sobre este debate puede verse más extensamente mi trabajo: ALONSO PÉREZ, M.<sup>a</sup> T., «El difícil encaje de los artículos 148 y 149 del TRLGDCU en el conjunto de normas sobre responsabilidad civil en la construcción», en *Contrato de obra y protección de los consumidores*, dir. por Albiez Dohrmann, K. Jochen y Rodríguez Marín, Concepción, edit. Aranzadi, 2014, ISBN 978-84-9059-158-1, pp. 561-605.

(9) PUGA PEREZ, M. Y., «Responsabilidad contractual y responsabilidad aquiliana por defectos en la construcción de edificios: su interrelación con la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en *Revista Jurídica del Notariado*, enero-junio 2024, núm. 118, p. 309.



(Roj 5695/2013), aunque en este caso, al haber allanamiento previo, no se entra en materia.

Pese a que, en pura dogmática, no puede considerarse derogado el artículo 1591 del Código civil, lo cierto es que, en la práctica, los Tribunales proceden a resolver estos litigios como si lo estuviera. De modo que, a la hora de plantear un pleito con alguna garantía de éxito y siempre que se trate de un edificio o vivienda cuya licencia de edificación se haya solicitado con posterioridad al 6 de mayo del 2000 (por aplicación de lo dispuesto en la Disposición transitoria primera LOE), debería optarse por fundamentar la demanda en los preceptos de la LOE y solo alternativa o subsidiariamente en el artículo 1591 del Código civil para aquellos perjuicios no cubiertos por aquélla.

Además de las normas de saneamiento por vicios ocultos, del artículo 1591 del Código civil y de los artículos 17 y 18 de la LOE, debemos tomar en consideración, para conformar el conjunto normativo de referencia relativo a esta materia, otras normas de alcance general.

Así, puede comprobarse cómo las demandas planteadas ante los Tribunales se fundan en el artículo 1101 del Código civil, concretamente, cuando se prevé estéril para los intereses del perjudicado la aplicación del régimen de la LOE, normalmente por haber transcurrido, bien el plazo de garantía, bien el brevísimo plazo de prescripción de la acción –dos años desde la producción de los daños ocasionados dentro del período de garantía– que establece el artículo 18 LOE; también se puede recurrir a este precepto para solicitar la indemnización de daños distintos a los materiales causados en la propia vivienda o edificio. El recurso a estas normas de alcance general para fundamentar la demanda se apoya en la propia LOE puesto que su artículo 17 se inicia con el inciso: *Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales*, lo que implícitamente supone el reconocimiento de la aplicabilidad de otros regímenes distintos a la propia norma en que se contiene, como se especificará en el epígrafe 6 de este capítulo con cita de jurisprudencia al que nos remitimos.

El principal límite que presenta el artículo 1101 del Código civil para basar una demanda por falta de conformidad de la vivienda adquirida o construida es que solo puede ser invocado por quien ha estado o está vinculado con el demandado por una relación contractual, de manera que los subadquirentes, que sí están amparados por el régimen del artículo 17 LOE –que se refiere expresamente *a los terceros adquirentes*– no lo están a través del artículo 1101 del Código civil. Por contra, este precepto presenta la ventaja de que el plazo de prescripción de la acción es el de 5 años del artículo 1964 del Código civil –frente a los dos años del artículo 18.1 LOE–, sin que exista tampoco plazo de garantía en

que tengan que evidenciarse los daños para tener acceso al remedio de su indemnización o reparación. Por otro lado, mientras la LOE establece, en principio, un sistema de responsabilidad objetiva, el artículo 1101 CC es un sistema subjetivo, de manera que, para imputar la responsabilidad, debería quedar acreditado en el proceso que el demandado ha sido negligente.

Para completar el conjunto normativo todavía queda un precepto que podríamos calificar de extravagante; nos referimos al *artículo 149 del LGDCU* regulador de los «daños causados por la vivienda». La aplicación de este precepto no suele servir de fundamento de las demandas ante los Tribunales y su aplicación, en consecuencia, no es perceptible cuando se estudia la jurisprudencia. Según la dicción literal del precepto su alcance abarca los daños causados por defectos en la vivienda, pero solo aquellos que no estén cubiertos por un régimen legal específico. La delimitación del ámbito de aplicación de este precepto es muy complicada porque se trata de una norma formulada con carácter residual. Puede concluirse que es aplicable para demandar la indemnización de daños personales – incluida la muerte – y de daños materiales en bienes destinados al consumo o uso privados y en tal concepto hayan sido usados por el perjudicado, siempre y cuando el contrato de adquisición sea una compraventa de vivienda<sup>(10)</sup>. Si es un contrato de obra, dichos daños son cubiertos por el artículo 1591 del Código civil, en la medida en que no lo estén por la LOE. De modo que, conforme a esta interpretación, el artículo 149 LGDCU extraería del artículo 1591 del Código civil los supuestos de daños que contempla referidos a los contratos de compraventa. Ahora bien, como digo, este artículo que tan complicado resulta encajar en el conjunto normativo de referencia, no es aplicado por los Tribunales, probablemente tampoco invocado como fundamento de las demandas. Además, su aplicación suscita muchos problemas porque no se encuentra perfilado completamente siendo muy genérica su regulación, así, por ejemplo, no se recogen plazos de garantía, ni de prescripción de la acción, aunque en este último caso puede recurrirse a los plazos generales de los artículos 1964 y 1968 del Código civil.

Para finalizar este epígrafe, puede indicarse que, si nos atenemos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos 10 años, se puede comprobar que únicamente se aplica el régimen de la LOE y el artículo 1101 del Código civil que regula la responsabilidad contractual por incumplimiento con carácter general.

---

(10) *Vid.* ALONSO PÉREZ, M. TERESA, «El difícil...», cit., p. 589-590.

### 3. ELEMENTOS SUBJETIVOS

#### 3.1 Sujetos perjudicados: propietarios y terceros adquirentes

El artículo 17 LOE contempla la responsabilidad frente *a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división.*

Cuando se alude a los *propietarios* se está contemplando a aquellos sujetos que, siendo propietarios de una vivienda, han contratado directamente su construcción o su adquisición mediante un contrato de obra o de compraventa con los agentes de la edificación, con lo cual se está estableciendo un régimen de responsabilidad contractual<sup>(11)</sup> por incumplimiento de un contrato de obra o de compraventa.

En segundo lugar, cuando el precepto alude a los *terceros adquirentes* está incluyendo en su ámbito de aplicación algunos supuestos de responsabilidad extracontractual, en cuanto que quien adquiere una vivienda puede reclamar contra los agentes de la edificación, aunque no esté ni haya estado vinculado contractualmente con ellos, es decir, aunque no haya comprado o contratado la construcción de la casa directamente con ellos. A estos terceros se les llama *subadquirentes* y son aquellos sujetos que no adquieren directamente del empresario constructor que ha puesto la vivienda o edificación en el mercado por primera vez, sino que obtienen la vivienda de un sujeto que la ha adquirido directamente del promotor o constructor y que bien podría ser un particular.

De tal manera que las acciones que se derivan del régimen contemplado en los artículos 17 y ss de la LOE pueden interponerlas: el comprador de una vivienda que adquiere directamente del constructor o promotor (de la empresa que las ha construido), también el comitente que encarga a un constructor la realización de una vivienda edificada en un solar de su propiedad y, por último, un subadquirente que compra a un sujeto que, a su vez, ha adquirido del constructor-promotor o que ha sido comitente en un contrato de obra concertado por dicho sujeto.

#### 3.2 Sujetos responsables: la disociación e individualización de responsabilidades que permite la LOE

El artículo 17 LOE imputa la responsabilidad por los daños derivados de la falta de conformidad en las viviendas construidas o compradas a las *personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación.* Las características del régimen de responsabilidad al que se ven sometidos

---

(11) *Vid.* DIEZ-PICAZO, L., «Ley de edificación...», cit., 2000 p. 13-14.

la pluralidad de profesionales que contribuyen a la construcción de la vivienda o del edificio defectuosos o no conformes se perfila más precisamente en los párrafos segundo y tercero de este mismo precepto.

Antes de abordar cómo se organiza en dichos párrafos la responsabilidad de la pluralidad de sujetos que intervienen en la construcción y comercialización de una vivienda –o edificio–, hay que tener en cuenta que, bajo el régimen del artículo 1591 del Código civil, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo disponía generalizadamente la responsabilidad solidaria entre los sujetos intervinientes en la construcción y comercialización del edificio o vivienda<sup>(12)</sup>. Se hablaba entonces de solidaridad impropia porque dicha doctrina jurisprudencial, ampliamente extendida y aplicada, excepcionaba la norma general de mancomunidad del artículo 1137 CC sin ley que lo permitiera ni contrato que alterara dicho régimen<sup>(13)</sup>. Tal configuración de la responsabilidad beneficiaba considerablemente los intereses del demandante en cuanto que podía demandar y, en su caso, obtener la indemnización del patrimonio más abultado de los pertenecientes a quienes hubieran hubieran intervenido en la construcción o comercialización de la vivienda. es más, no había necesidad de demandar a todos los sujetos intervinientes, conjurando de este modo el riesgo de tener que pagar unas costas elevadísimas en caso de desestimación de la demanda. Además, cuando se demandaba a todos los intervinientes en el proceso de edificación, la carga de deslindar las causas de los daños recaía sobre los propios demandados, de modo que la indeterminación de la causa no perjudicaba al demandante<sup>(14)</sup>. La regla de la solidaridad fue uno de los hallazgos más relevantes de la importante doctrina jurisprudencial que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo construyó en torno a la interpretación del artículo 1591 del Código civil. Tal configuración de la responsabilidad supuso, como digo, un avance de primer orden en la protección de los particulares que adquirirían o encargaban la construcción de una vivienda o edificio.

Tan razonable parecía esta norma que parece querer trasplantarse a la LOE, la cual también alude a la solidaridad del promotor; sin embargo, se introducen en esta ley algunas salvedades que, como explicaré más adelante, han provocado una deriva del sistema de responsabilidad en esta materia que puede llevar a colocar al perjudicado en una situación más incómoda en el proceso y a desfavorecerlo en términos de Derecho material.

(12) ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, cit., p. 292, se refiere a la generalización de la responsabilidad solidaria.

(13) En la STS 19 de mayo de 2015 (ROJ 3824/2015) se dice que ya no cabe hablar de solidaridad impropia.

(14) Este régimen de responsabilidad solidaria de los posibles implicados en el evento dañoso que responde al principio *pro damnato* se incorporaría posteriormente a otros ámbitos normativos para favorecer los intereses del perjudicado, pudiendo servir de ejemplo, sin ánimo de exhaustividad, el artículo 132 LGDCU.

### 3.2.1 *Regla de principio: responsabilidad personal e individualizada*

Como digo, la LOE altera el panorama derivado de dicha doctrina jurisprudencial referida al artículo 1591 del Código civil que implantó la solidaridad. En efecto, el párrafo segundo del artículo 17 de la LOE dispone, pretendiendo sentar un principio general en la materia, que *la responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada*. De modo que, en puridad y explícitamente, la LOE, lejos de lo que en un principio parecía disponer, hace tabla rasa del principio de solidaridad tal y como había venido siendo aplicado por la Sala de lo Civil del TS durante décadas, estableciendo que la responsabilidad la asume cada agente de la edificación en la medida en que le sea imputable<sup>(15)</sup>. En esta misma línea, el segundo inciso del artículo 17.1 LOE, al señalar los plazos de garantía, establece que la responsabilidad por los *vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado* corresponde al constructor.

La regla de la solidaridad no es contraria a la responsabilidad personal e individualizada, sin embargo, favorece la posición del demandante perjudicado en el proceso puesto que aquella opera en el plano externo, mientras la personal lo hace en el interno. En el ámbito de la construcción resulta complicado, por razones técnicas, llegar a determinar la causa última del defecto que aparece en el edificio o vivienda, siendo ésta una de las razones que llevaron, bajo el régimen del artículo 1591 CC, al establecimiento jurisprudencial del régimen de solidaridad. La aplicación de esta doctrina evitaba, como he dicho, que en el proceso se tuviera que establecer la causalidad precisa de los daños o defectos constructivos, de manera que la carga de la prueba sobre el origen o causa última de los defectos recaía sobre los demandados si querían liberarse de responsabilidad cuando entendían que la causa no les era imputable. Así las cosas, la delimitación de la causa última de los daños no sería un obstáculo o inconveniente para el perjudicado, sino que se trataría de una cuestión que podía desembocar, en su caso, en un litigio posterior entre quienes habían participado en la construcción. En el régimen de la LOE, es el artículo 18.2 el que contempla la posibilidad de ejercitar acciones de repetición entre los implicados, acción que suscita numerosos interrogantes que quedan fuera de este estudio<sup>(16)</sup>.

---

(15) La STS de 5 de julio de 2013 (Roj 6553/2013) alude expresamente a la regla preferente de la responsabilidad personal e individualizada de cada interviniente, diciendo que la solidaridad solo procede si no es posible establecer la causa real de la ruina funcional.

(16) *Vid.* sobre esta cuestión: REY MUÑOZ, F. J., «La autonomía de la acción de repetición y su plazo de prescripción en la Ley de ordenación de la edificación», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, ISSN 0210-8518, núm. 2, 2019, pp. 281-306 y AÑON LARREY, ANA, «Propuesta de reforma de lege ferenda de la acción de repetición recogida en el artículo 18.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)», *Actualidad Civil*, ISSN 0213-7100, núm. 5, 2024.

### 3.2.2 *La solidaridad como excepción a la regla general*

El artículo 17.3 LOE completa la norma de principio establecida en el artículo precedente disponiendo que, en determinados casos, la responsabilidad será solidaria. Es decir, se establece la solidaridad como excepción a la regla de la individualización en los siguientes casos: cuando no sea viable identificar precisamente al agente que causó el daño y también si no fuera posible indicar el porcentaje en que cada uno de los agentes de la edificación ha contribuido a la producción del daño<sup>(17)</sup>. Conviene señalar que la regla de la solidaridad se introdujo antes de aprobarse la LOE por la dificultad que suponía identificar precisamente la causa de los daños y, en consecuencia, la dificultad de imputar a cada profesional un porcentaje concreto del perjuicio ocasionado. En la medida en que resulte difícil identificar perfectamente la causa del daño, la regla de la solidaridad se mantendrá también cuando sea aplicable la LOE. Así ocurre en la STS de 5 de julio de 2013 (Roj 6553/2013) en la que no es posible deslindar las causas de los daños y se condena solidariamente a todos los demandados.

Finalmente, cabe decir que la DA 7.<sup>a</sup> de la LOE permite al sujeto demandado que solicite la notificación de la demanda contra él planteada a otros agentes que hayan podido intervenir en el proceso constructivo. Se trata de la «intervención provocada» que, en algunos casos, hace al demandante invocar que, en caso de desestimación de la demanda, no se le obligue a asumir las costas del que concurre al litigio por intervención provocada a instancia de alguno de los demandados (STS de 1 de julio de 2016 –Roj: STS 3127/2016–).

### 3.2.3 *El promotor responde frente al perjudicado con carácter solidario al resto de agentes que intervienen en la construcción*

La concesión plena a la regla de la solidaridad aparece cuando se indica – en el segundo inciso del artículo 17.3 LOE– que el promotor, en cualquier caso, responde solidariamente junto a cualquier otro agente interviniente. Se replica, de este modo, el criterio seguido en la regulación de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos en el artículo 135 LGDCU, que señala al productor del bien como

---

(17) En el texto de la LOE ya no se hace referencia a la distinción entre vicios de la construcción, de la dirección y del suelo a los que alude el artículo 1591 CC; en sustitución de dicho mecanismo de atribución de la responsabilidad en función de la causa última de los defectos constructivos, la LOE recoge en los artículos 9 a 16 una regulación de los diferentes elementos subjetivos que intervienen en el proceso edificatorio indicando sus obligaciones.

único responsable, ofreciendo así al perjudicado el patrimonio probablemente más solvente de los pertenecientes a los sujetos que intervienen en la cadena de fabricación y comercialización del bien para que responda frente al perjudicado. Sin embargo, conviene subrayar que, en el ámbito de la responsabilidad por daños causados en la edificación de viviendas o edificios, el patrimonio que puede correr mayor riesgo de desaparecer es, precisamente, el del constructor-promotor, porque si bien, probablemente, sea cierto que es quien más se lucra con la promoción y venta de edificios y viviendas, también lo es que su patrimonio es el más expuesto y el que asume mayores riesgos. La materialización de estos riesgos se produjo, por ejemplo, tras la crisis del 2008 cuando muchas empresas constructoras entraron en concurso de acreedores, suponiendo esto un grave problema para los perjudicados a quienes se habían vendido o construido viviendas o edificios no conformes, pues debían buscar argumentos que permitieran implicar a agentes de la construcción como los profesionales de la arquitectura para alcanzar también al patrimonio de sus aseguradoras. Por ese motivo, la garantía que supone el señalamiento normativo del patrimonio del promotor como foco del que pretender, en todo caso, la indemnización o reparación de los daños puede verse frustrada si dicho sujeto o la empresa de la que es titular entra en crisis. Los intereses de los perjudicados estarían más amparados si, junto al patrimonio del promotor, respondieran solidariamente los profesionales con sus correspondientes compañías aseguradoras, en definitiva, si la regla de la solidaridad operara plenamente en este ámbito y no como excepción, es decir, que no se limitara a la figura del promotor.

### 3.2.4 *Evolución jurisprudencial hacia la individualización de las responsabilidades de los agentes de la edificación*

Esta formulación normativa de la regulación de la responsabilidad por los daños en el ámbito de la construcción cuando concurren varios sujetos a su producción ha propiciado la aparición de una línea jurisprudencial en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, cada vez más marcada, la cual profundiza en la individualización de las responsabilidades de los agentes que intervienen en el proceso constructivo.

En esta línea nos encontramos con la STS de 15 de enero de 2020 (Roj 25/2020) que nos proporciona la pauta de a dónde puede conducir finalmente la aplicación reiterada de esta doctrina. Dice esta Sentencia – Fundamento de Derecho tercero– que: «a cada uno de ellos únicamente se les puede imputar aquellos daños materiales que deriven de la infracción de la *lex artis*, que rige su actividad profesional en la obra de

*construcción y que justifica su intervención en la misma». En esta sentencia se alude a la infracción de la *lex artis*, es decir, a la negligencia o culpa por los diferentes profesionales para imputar la responsabilidad a uno u otro. En este sentido dice que la *responsabilidad exigible a los arquitectos derivaría de la inobservancia de las obligaciones que les corresponden como directores de obra*; también se dice que *la patología de la falta de compactación del terreno no es imputable a los arquitectos recurrentes*. Y entiende, además, que ese vicio constructivo no es imputable a la dirección de la obra que corresponde a los arquitectos. Por otro lado, considera que los defectos en el estado de la calle de acceso a las edificaciones no son imputables al arquitecto director, sino al arquitecto técnico. En definitiva, esta sentencia procede a un deslinde de responsabilidades y añade que: *no responden solidariamente fuera de los supuestos legales, sino que cada uno de ellos lo hace por la inobservancia de la *lex artis* que disciplina su respectiva intervención en las obras de construcción*. Coherentemente, la Sentencia estima el recurso de casación absolviendo a los arquitectos directores de la obra de responder de un determinado número de deficiencias constructivas cuya reparación se habían demandado en el litigio y que eran imputables a otros profesionales.*

Incide en esta línea la STS de 14 de noviembre de 2023 (Roj 4669/2023) que contempla un litigio en el que los daños habían sido provocados por la deficiencia de los materiales utilizados en la construcción. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia condena exclusivamente a la constructora, mientras que la sentencia de la Audiencia condena solidariamente a los técnicos que intervinieron en la edificación junto a la constructora. El recurso de casación es interpuesto por uno de los técnicos que alega que la utilización de materiales deficientes no le es imputable. El Tribunal Supremo se ve obligado a discriminar qué profesional era responsable de la incorporación de los materiales que causaron los daños al proceso edificatorio, concluyendo que el profesional (arquitecto proyectista) que recurre en casación fue quien los integró en la edificación y que, por tanto, no podía ser absuelto.

Esta forma de solventar este tipo de casos no es coherente con la manera en que venían resolviéndose en el pasado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

El desarrollo de la doctrina que acabamos de referir puede derivar a un punto en el cual se beneficie sustancialmente a quienes ocupan la posición de la oferta en el mercado: constructores, promotores, profesionales y otros agentes intervinientes en la edificación. No habría problema en ello si la política legislativa que dirige el diseño de la regulación fuera encaminada a proteger al sector empresarial por razones económicas, aunque entiendo que sería un obstáculo a dicha directriz el artículo 51 CE que establece el



principio de protección de los consumidores. En esta línea, la inversión económica que supone la adquisición y construcción de viviendas compromete la estabilidad económica de los particulares y de sus familias durante un largo periodo de tiempo, lo que, enfrentado al rendimiento obtenido por quienes empresarial o profesionalmente se dedican a este sector, debería inclinar la balanza –en términos de política legislativa y de diseño de la regulación– a favor de los adquirentes, al menos cuando los compradores y comitentes fueran particulares y encajaran en el concepto de consumidores.

Esta línea puede tener una repercusión notable en el fundamento de la responsabilidad en esta materia.

Así, es preciso tener en cuenta que, cuando la norma de referencia era el artículo 1591 CC (antes de promulgarse la LOE), nos encontrábamos, en esta materia, ante un sistema de responsabilidad que se calificaba como «cuasi-subjetivo», porque se entendía que el fundamento era la culpa y que ésta se presumía –o, lo que es lo mismo, se invertía la carga de su prueba– a la vista de los daños causados (si hay ruina o defectos es que alguien ha sido negligente), funcionando realmente como un sistema de responsabilidad prácticamente objetiva<sup>(18)</sup>. Este régimen que operaba en torno al artículo 1591 CC, se entiende que es el que se traslada a la LOE que también es calificado como un régimen de responsabilidad objetiva<sup>(19)</sup>, o cuasi-objetiva<sup>(20)</sup>.

Como digo, ahondando esta línea jurisprudencial, dicho sistema puede transformarse, bajo la aplicación prioritaria de la LOE, en un régimen de responsabilidad subjetiva o basada en la culpa, en la que deba analizarse en el proceso la concurrencia de negligencia por parte de los profesionales demandados.

Si el Tribunal Supremo sigue profundizando en esta línea puede existir un riesgo de involución del sistema en este ámbito de la responsabilidad en cuanto que nos acercaremos a un sistema de responsabilidad basado en la culpa, cuando en los litigios referidos a esta materia la concurrencia de negligencia no era un aspecto atendido ni discutido. La negligencia o culpa quedaba en un segundo plano. La evolución de los sistemas de responsa-

---

(18) En este sentido y en relación al artículo 1591 puede verse: ESTRUCH ESTRUCH, J., *La responsabilidad...*, cit. p. 243 y siguientes; más concretamente, en la p. 251 dice expresamente que la forma en que se resuelven los litigios en la materia no es, en definitiva, más que la *objetivación de la responsabilidad*. En esta misma línea, REY MUÑOZ, F. J., *La responsabilidad legal y contractual por defectos constructivos*, tesis doctoral en: [helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/18315/2019000001898.pdf](http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/18315/2019000001898.pdf), en la p. 309, dice que:... *ha contribuido a conformar en la praxis una doctrina jurisprudencial que, de forma casi mecánica, traslada la imputación de modo objetivo a los partícipes en el proceso edificatorio*.

(19) Entiende que el sistema de responsabilidad de la LOE tiene carácter objetivo: PUGA PEREZ, M. Y., «Responsabilidad contractual...», cit., p. 305.

(20) REY MUÑOZ, F. J., *La responsabilidad legal...*, tesis doctoral, p. 309.

bilidad basados en la negligencia –artículo 1101 y 1902 CC– a sistemas objetivos atendía al principio *pro damnato* que, entiendo que, en materia de vivienda de particulares, debería seguir inspirando el diseño y la interpretación de las normas.

Realmente, es como si los agentes de la edificación y la comercialización, aprovechando el principio general que establece el artículo 17.2 LOE de que la responsabilidad es individual y personalizada, hubieran introducido una cuña, que supone un riesgo de desprotección de los particulares que adquieren o encargan la construcción de un edificio, vivienda o inmueble, al convertir el sistema en un régimen basado en la negligencia o culpa, la cual deberá quedar acreditada en el proceso.

## 4. LOS PLAZOS DE GARANTÍA COMO ELEMENTOS CONFORMADORES DEL SUPUESTO DE HECHO EN CASO DE DAÑOS MATERIALES CAUSADOS EN LA VIVIENDA

### 4.1 Plazos de garantía

Conforme establece el artículo 17 LOE, los daños o defectos del edificio o vivienda deben evidenciarse en un determinado período de tiempo para que los agentes intervinientes en la edificación deban responder de ellos frente a los perjudicados. Dicho plazo tiene pleno sentido en cuanto que parece razonable limitar el período de tiempo durante el cual los sujetos a quienes se puede imputar la responsabilidad deben estar pendientes de la posibilidad de que aparezca un defecto en el edificio o vivienda y que se les presente una reclamación. Se trata de un plazo de garantía que conforma el supuesto de hecho del precepto, de modo que, si los defectos no afloran en el plazo marcado, la responsabilidad no será imputable a los profesionales que intervienen en la construcción o en la venta del inmueble porque no concurrirán todos los elementos del supuesto de hecho previsto en esta norma.

Para fijar el plazo de garantía, la LOE marca una diferencia notable con respecto a su antecedente inmediato, es decir, el artículo 1591 del Código civil. Dicho precepto establecía un plazo unitario de 10 años, de ahí que a este tipo de responsabilidad se le denominara responsabilidad decenal. Si se está regulando la ruina total del inmueble, tiene sentido la fijación de un período decenal de garantía. Sin embargo, el concepto de ruina aludido en el precepto se fue adaptando a la denominada ruina funcional, incluyendo en su ámbito otras deficiencias o defectos que no hacían inhábil el edificio o vivienda para su uso, sin que esa ampliación del alcance del

precepto fuera acompañada de una adaptación de los plazos de garantía. La diferente entidad que podían tener los defectos o deficiencias hacía necesaria una adaptación de los plazos de garantía, tarea que efectúa la LOE, a mi modo de ver, con acierto.

En este sentido, la LOE diferencia tres tipos de daños materiales que pueden producirse en el edificio o vivienda edificada: daños que afectan a la estructura del edificio y que comprometen la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio, daños que suponen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del inmueble (se remite para su precisión al artículo 3.1.c LOE) y, por último, *daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras*.

La importancia de la distinción de estas tres categorías de daños viene dada porque se dispone un plazo distinto de garantía para cada uno de ellos. Para los defectos estructurales se mantiene el plazo decenal que establecía el artículo 1591 del Código civil, estableciéndose 3 años para los que afectan a los requisitos de habitabilidad y 1 año para los elementos de acabado.

Esta diferenciación del plazo de garantía en función del elemento afectado y de la entidad o gravedad del daño es, a mi entender, el mayor acierto de la LOE, pues no parece razonable que el plazo de garantía fuera el mismo para los diferentes tipos de daños, siendo éste, además, tan extenso.

## 4.2 El *dies a quo* del plazo de garantía: la recepción de la obra

Una de las cuestiones más problemáticas en relación al plazo de garantía es la fijación de su *dies a quo*. El artículo 17 LOE dispone que debe computarse desde la fecha de recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de las mismas. La recepción de la obra se encuentra regulada en el artículo 6 de la LOE, cuyo párrafo 5 es coherente con lo dispuesto en el artículo 17.

Se ha considerado que la fijación del *dies a quo* en la fecha de recepción de la obra aporta seguridad jurídica<sup>(21)</sup>. Esto puede tener sentido cuando nos encontramos ante un contrato de obra, pero no cuando se trata de adquisición de la vivienda mediante compraventa, pues, en este segundo caso, la determinación del *dies a quo* en dicho momento reduce el período en el que el perjudicado puede hacer valer dicha garantía. La razón es que la recepción se produce entre el constructor y el promotor, en un acta que, al menos, firman estos dos sujetos. Cuando se trata de un contrato de obra, el promotor sí comparece, de modo que, en efecto, la fijación del *dies a quo* en ese momento ofrece cierta seguridad jurídica, más todavía si se trata de

---

(21) ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, cit., p. 622.

autopromoción. Sin embargo, cuando el propietario de la vivienda la adquiere por compraventa no es obligatorio que, a la formalización del documento en que se hace constar la recepción del edificio o vivienda –con o sin reservas–, concurra él como destinatario final de la obra o vivienda construida. De modo que dicho destinatario, que adquiere la propiedad de la vivienda o edificio por compraventa, no interviene en la fijación del momento en el que esos plazos de garantía empiezan a correr y, en consecuencia, es un dato que desconocerá en muchos casos. Si entre la recepción de la obra y la ocupación efectiva de la vivienda o edificio por quien la adquiere por compraventa transcurre un extenso período de tiempo puede ocurrir que dicha garantía no sea efectiva para el destinatario final de la construcción<sup>(22)</sup>. Es decir, que es factible que, cuando el adquirente ocupa efectivamente la vivienda o edificación, el período de garantía ya haya transcurrido y que dicha garantía no tenga para él ninguna efectividad.

Si se contrasta la regulación de la LOE en este punto con la de la garantía en caso de compraventa de productos, puede comprobarse cómo el artículo 120 LGDCU dispone que el *dies a quo* de dicho período será de tres años *desde la entrega del bien*, no desde el momento en que se entiende concluida la producción del bien, ni siquiera desde el momento de la celebración del contrato. El inicio del plazo de garantía es el momento en que el adquirente del bien lo recibe materialmente. Y de esa misma manera debería haberse regulado en la LOE.

La forma en que se ha regulado esta cuestión en la LOE evidencia que se trata de un período de garantía pensado para liberar al empresario de la construcción de su responsabilidad pasado un tiempo desde la conclusión de la obra. Este plazo de garantía no ha sido concebido como un período de efectividad de una garantía pensada para el destinatario final de la vivienda, como sí lo es el del artículo 120 LGDCU. Se trata de un plazo que presenta más concomitancias con el indicado en el artículo 144 LGDCU referido a la extinción de responsabilidad del productor por los daños causados por productos defectuosos que, por otro lado, es de 10 años desde la puesta en circulación del producto.

A mi entender, debería reformularse la ley para que el *dies a quo* del plazo de garantía fuera la fecha de la primera ocupación de la vivienda por el destinatario que encarga la construcción de una vivienda o que adquiere su propiedad por compraventa; en caso de que se tratara de un subadquirente, el plazo debería hacerse transcurrir desde la fecha en que la vivienda o el edificio es ocupado por quien adquiere directamente del promotor profesional o empresario.

---

(22) Hay que destacar que el legislador era consciente de que las consecuencias de la ley eran estas tal y como refiere PUGA PEREZ, M. Y., «Responsabilidad contractual...», cit., p. 293.

## 5. EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN BASADA EN LA LOE

El artículo 18.1 LOE establece como plazo de prescripción de las acciones recogidas en el artículo 17 de esa misma ley el de dos años desde que se producen los daños. La sorprendente brevedad del plazo hace que esta cuestión haya sido uno de los «puntos calientes» en este tipo de litigios desde que se aprobó la ley y que, después de 25 años, siga siendo uno de los aspectos centrales de los pleitos que, sobre esta materia, llegan en casación ante el Tribunal Supremo.

Para destacar la brevedad del plazo basta contrastarlo con otros plazos como, por ejemplo, el general para las acciones personales sin plazo señalado en la ley, que es de cinco años (art. 1964 Código civil); pero aun sorprende más este plazo de dos años al contrastarlo con el de cinco años previsto en el artículo 124 LGDCU para reclamar por la falta de conformidad de los bienes y de los contenidos digitales y ejercitar las acciones correspondientes<sup>(23)</sup>.

En la jurisprudencia referida a esta materia se aprecia cómo los demandados alegan normalmente la excepción de prescripción de la acción, acogiendo la misma en numerosos casos como, por ejemplo, en el litigio resuelto por la STS de 10 de mayo de 2022 (Roj 1710/2022).

Por otro lado, en algunas sentencias aparecen algunos fundamentos y alegaciones que evidencian una cierta resistencia a aplicar este brevísimo plazo y, de algún modo, se pretende incidir en su duración, promoviendo su ampliación, pero lo cierto es que estos intentos, esporádicos, no precipitan en líneas de decisión que se prolonguen en sentencias posteriores. Estas resoluciones se centran principalmente en dos cuestiones: la postergación del *dies a quo* a un momento posterior al de producción de los daños y, además, vinculado a ese primer mecanismo, algunas sentencias versan sobre la posibilidad de configurar este tipo de perjuicios como daños continuados.

### 5.1 Los mecanismos de postergación del *dies a quo*. En particular, la configuración de los daños como continuados

En algunas sentencias se aprecia el uso de algunos mecanismos que intentan que el *dies a quo* del plazo prescriptivo se fije en un momento

---

(23) Este plazo de prescripción para ejercitar las acciones correspondientes por la falta de conformidad de los productos era, antes de la reforma operada en la materia, de tres años desde la entrega del producto, según el artículo 123.4 LGDCU en la redacción anterior a la actualmente vigente. De modo que el contraste también era, en cierto modo, insostenible.

posterior a aquel en que se evidencian los daños. En esta línea, la STS de 5 de julio de 2013 (Roj 6553/2013) entiende que, además de los dos años de plazo, debe ser posible ejercitar la acción, lo que requiere el conocimiento de la causa de los vicios. Sigue este discurso la STS de 14 de septiembre de 2021 (Roj STS 3308/2021) que va a operar sobre el *dies a quo* impidiendo la prescripción de la acción indicando que el demandante adoptó una actitud diligente y que actuó sin pasividad, ejercitando la acción cuando pudo hacerlo tras conocer el alcance de los daños que se habían producido. De modo que la acreditación de una actitud diligente en el conocimiento del alcance de los daños podría hacer que el *dies a quo* se moviera a un punto cronológico más conveniente a los intereses del perjudicado demandante impidiendo la prescripción de la acción.

Como digo, estos pronunciamientos no dejan de ser destellos esporádicos y no permiten apreciar en las sentencias de los últimos diez años del Tribunal Supremo la consolidación de una doctrina que implante un mecanismo claro y fiable que permita retrasar el *dies a quo* a un punto cronológico posterior al de la producción de los daños que sería más beneficioso para el interés del perjudicado.

Más bien al contrario, algunos argumentos que se han intentado más frecuentemente que el ya referido no han fructificado, como el de la configuración de algunos perjuicios como daños continuados que explico seguidamente.

Otro de los expedientes que se ha utilizado para evitar la prescripción de la acción es, como digo, el de calificar los defectos en las viviendas o edificios como daños continuados, de modo que, como su producción se alarga en el tiempo, su alcance no podría concretarse hasta que no se estabilizaran y pudiera conocerse la realidad del daño causado. Esto supondría un retraso del inicio del cómputo del plazo de prescripción que beneficiaría al perjudicado.

Las SSTS de 14 de diciembre de 2015 (Roj 5628/2015) y la de 4 de julio de 2016 (Roj 3116/2016) parecían ser prometedoras en este sentido porque, en ambas, la consideración del daño como continuado o como daño permanente es determinante para el éxito de la acción. Si bien hay que tener en cuenta que en ambos litigios se trata de responsabilidad en la construcción por daños causados en edificios colindantes, de modo que la acción que se ejercita no es la del artículo 17 LOE –porque era un supuesto de daños en edificio colindante y dicha normativa no es, en principio, aplicable– y el plazo de prescripción que se aplica es el del artículo 1968 CC. En la primera de ellas, la Audiencia, acogiendo la excepción de prescripción de la acción, había revocado la sentencia de primera instancia que condenaba a los demandados. El Tribunal Supremo, entiendo que nos encontramos ante daños continuados y que, por lo tanto, la

estabilización de los efectos y consecuencias lesivas del daño producido no se produce cuando se inicia la actividad generadora del mismo ni al poco tiempo de su finalización, sino tiempo después. La sentencia no califica explícitamente de daños continuados a los producidos como consecuencia de la construcción de un edificio en otro edificio colindante, pero implícitamente lo da a entender. En una línea similar, en el litigio que resuelve la STS de 4 de julio de 2016 (Roj 3116/2016), la Audiencia se basa precisamente en que los daños eran continuados para revocar la sentencia de instancia que había desestimado la demanda por prescripción de la acción. De modo que el recurso de casación discurre sobre esta cuestión: en dicha sentencia, el TS acoge la decisión de la Audiencia en orden a la fecha de consolidación y fijación de los daños que supone la consideración del daño como continuado.

Sin embargo, las sentencias más recientes que abordan esta cuestión y la refieren a los daños causados en la propia construcción (no en la colindante) no son tan claras ni terminantes como las ya referida, más bien al contrario. De modo que parece una vía que se abre sigilosamente para el supuesto de daños en edificios colindantes, pero que, cuando se ha planteado para los casos de daños en el propio edificio, no ha resultado operativa para beneficiar los intereses del demandante.

Así, la STS de 11 de diciembre de 2013 (Roj 5885/2013) elude entrar en materia amparándose en que se trataba de una cuestión nueva sobre la que no se había pronunciado la sentencia de apelación. La STS de 31 de octubre de 2014 (Roj STS 4431/2014) considera que ni las humedades ni el desprendimiento de losetas de la fachada pueden considerarse daños continuados, y que el *dies a quo* del plazo prescriptivo empieza a correr desde que se avisa de los daños al constructor a través de un burofax. Se usa el argumento de que se trata de daños continuados para fundar el recurso de casación que resuelve la STS 10 de mayo de 2022 (Roj 1710/2022), la cual entiende que los daños eran permanentes y ya estaban estabilizados, en lo que considero que podría ser un portazo –si se me permite la expresión– a la posibilidad de usar el argumento de los daños continuados como mecanismo de alargamiento del plazo de prescripción mediante el retraso del *dies a quo*.

Conviene señalar que el Tribunal Supremo ha rechazado la consideración de los daños como continuados incluso en supuestos que podrían entenderse especialmente aptos para la aplicación de esta doctrina como en el caso de humedades (STS 31.10.2014 – Roj STS 4431/2014-). Pese a que la eficacia de este mecanismo no aparece consolidada en la jurisprudencia del TS, entiendo que puede tener cierto recorrido<sup>(24)</sup>, sobre todo

---

(24) El mecanismo de los daños continuados, sin embargo, está siendo efectivo en las Audiencias Provinciales para impedir la prescripción de la acción. Puede verse al respecto con abun-

en daños como los derivados de filtraciones o daños que se van agravando con el paso del tiempo –cimentación– y conviene seguir la pista a la evolución de esta doctrina por parte del Tribunal Supremo. Puede referirse en este sentido que el TS asume la consideración de «daños continuados» cuando la Audiencia Provincial así lo ha entendido (Auto TS 19 de diciembre de 2018 – Roj ATS 13624/2018-) inadmitiendo el recurso de casación, entre otros razonamientos, en base a la consideración de la sentencia de la Audiencia Provincial que decía que el defecto del deslizamiento o corrimiento de la cubierta es continuado y que, por lo tanto, el plazo de prescripción ni siquiera había empezado a correr.

## 5.2 Inoperancia de las causas de interrupción de la prescripción con respecto a algunos agentes de la edificación demandados

Como he explicado, los mecanismos explorados para evitar el problema derivado de la brevedad del plazo de prescripción de la acción, no parecen precipitar en líneas consolidadas y seguras, perjudicando los intereses de los demandantes. Sin embargo, curiosamente, sí hallamos algún mecanismo establecido como doctrina jurisprudencial que va a favorecer los intereses de los agentes de la edificación y comercializadores en lo atinente al plazo de prescripción de la acción y que consiste en la inoperancia de las causas de interrupción de la prescripción con respecto a algunos agentes de la edificación demandados.

Así como los perjudicados-demandantes intentan el uso de ciertos mecanismos para que la acción no se entienda prescrita, los demandados están usando otro tipo de argumentos para que la acción se entienda prescrita con respecto a alguno o algunos de ellos. Y estos, al contrario de los anteriores y curiosamente, sí que son exitosos.

Bajo el régimen del artículo 1591 del Código civil, se consideraba que los agentes de la edificación respondían solidariamente. Se hablaba, entonces, como ya he dicho anteriormente, de «solidaridad impropia» porque ningún precepto establecía expresamente la solidaridad de la responsabilidad en esta materia y, al aplicarla, se estaba obviando la norma general de mancomunidad del artículo 1137 Código civil. En esta tesitura, se entendía que la prescripción operada respecto a uno de los demandados se extendía a los demás.

---

dante cita de jurisprudencia menor: PUCHE RAMOS, A., «La determinación del plazo de inicio de la prescripción de la acción en reclamación de vicios o defectos constructivos. ¿Caben los daños continuados en la LOE?», en *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, ISSN 1697-7068, núm. 133, 2018.



Sin embargo, bajo el régimen de la LOE, la solidaridad ya no es impropia porque, dándose una serie de circunstancias, se establece expresamente en el artículo 17.3 LOE, al menos con respecto al promotor con carácter general y en los términos explicados con antelación. Así las cosas, se entiende que algunas actuaciones de la parte demandante –reclamaciones extrajudiciales– que pueden provocar la interrupción del plazo prescriptivo con respecto a alguno o algunos de los demandados, pueden no ser operativas frente a otros y estos, claro está, lo hacen valer.

Así, cuando se alega que el plazo de prescripción de la acción no ha prescrito porque concurrió una reclamación que provocó su interrupción, algunos de los agentes de la edificación demandados alegan que dicha interrupción no opera en su contra porque no consta que se les hubiera hecho llegar la reclamación extrajudicial en que el adquirente de la edificación o vivienda hacía constar los defectos de la misma y reclamaba su reparación. De modo que, mientras la interrupción del plazo de prescripción se produce para quien recibió dicha reclamación, no opera para los demás al no constar que la recibieran. Esta doctrina puede apreciarse de manera clara en la STS 3 de julio de 2018 (Roj 2023/2018) que exime de responsabilidad al arquitecto técnico que había intervenido en la edificación porque a él no se le requirió y, por tanto, el plazo de prescripción no quedó interrumpido con respecto a él. En el mismo sentido se habían pronunciado previamente: la STS de 27 de junio de 2017 (Roj 2719/2017), la STS de 1 de julio de 2016 (Roj 3127/2016), la STS de 15 de septiembre de 2015 (Roj 3838/2015). Destacamos la STS de 17 de septiembre de 2015 (Roj 3824/2015) que, podríamos decir, lleva esta doctrina hasta sus últimas consecuencias. Esta sentencia resuelve un litigio en el que la reclamación extrajudicial se formuló frente a la promotora, a la que, después, no se demandó porque la demanda se interpuso únicamente contra la arquitecta técnica a quien no se había formulado reclamación extrajudicial ni se había hecho llegar la efectuada al promotor. El TS revoca la sentencia de la Audiencia, que había confirmado la de instancia que condenaba a la arquitecta técnica, eximiendo a esta de responsabilidad, con base en la consideración de que, para ella, la reclamación extrajudicial no había operado como causa de interrupción del plazo de prescripción y la acción estaba prescrita frente a ella.

Cabe hablar, por lo tanto, de una doctrina consolidada, con respecto a la cual puede aportarse algún matiz como el incorporado por la STS 22 de junio de 2020 (Roj 1999/2020) en la que el Tribunal entiende que, aunque la reclamación extrajudicial del demandante haciendo constar la producción de una serie de daños no se dirigiera particularmente frente a los técnicos (arquitecto y aparejador), está demostrado que tuvieron conocimiento de dicha reclamación ya que incluso visitaron la vivienda para el análisis de los desperfectos.



Esta doctrina jurisprudencial a la que acabo de referirme revela un flanco por el que se debilita la protección de los particulares que compran una vivienda o encargan su construcción. Y es que, debe tenerse en cuenta que cualquier actuación llevada a cabo con la intención de interrumpir el breve plazo de prescripción de 2 años debe practicarse frente a todos los agentes intervinientes en la edificación y comercialización del edificio o vivienda, porque, de no hacerse así, la acción puede haber prescrito para alguno o algunos de ellos. Si no se opera de este modo, se expone al perjudicado al riesgo de que el patrimonio acaso más solvente para hacer frente a los daños sufridos no se encuentre a su disposición por haber prescrito la acción con respecto al titular del mismo.

Puede comprobarse, por lo dicho, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha procedido a personalizar e individualizar –al igual que lo ha hecho la LOE con la responsabilidad– los plazos de prescripción de la acción de dos años contemplada en el artículo 18.1 de la LOE.

## 6. EL RECURSO A OTROS REGÍMENES DISTINTOS DE LA LOE COMO INDICADOR DE PATOLOGÍAS O DEFICIENCIAS NORMATIVAS

Para suplir las deficiencias que la regulación de la LOE presenta para proteger a los adquirentes y destinatarios finales de las construcciones, sean viviendas o edificios, algunos autores entienden que el perjudicado puede recurrir a las normas generales de la responsabilidad contractual<sup>(25)</sup>.

Esta forma de proceder, recurriendo a otras normas distintas de la LOE y de alcance general, puede ampararse en el inciso que *ab initio* introduce el propio artículo 17 LOE cuando dice: *Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales*. Por otro lado, el artículo 18.1 LOE, al regular el plazo de prescripción, indica que el plazo es de dos años para exigir la responsabilidad del artículo anterior y añade: «*sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual*».

De modo que, en principio, la propia LOE contempla explícitamente que la reclamación de daños causados por la falta de conformidad de una vivienda adquirida o construida puede basarse en otros fundamentos nor-

---

(25) ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, cit., p. 621, recurre a dichas normas para sortear los plazos de garantía que no pueden interrumpirse ni suspenderse. Así frente al vendedor considera invocables los artículos 1091, 1098, 1101, 1124, 1258 Código civil. Y frente al resto de agentes de la edificación entiende aplicable el régimen de la responsabilidad civil extra-contractual.

mativos ajenos a la misma. No obstante, es significativo, en términos de eficacia de la normativa específica que es la LOE, que los perjudicados recurran a otros fundamentos legales para basar sus demandas.

Este es otro de los puntos que merece ser destacado del análisis jurisprudencial de los últimos años: la existencia de litigios en los que la reclamación de daños no se apoya en la LOE o, al menos, no solo en la LOE, sino que se fundamenta en otros preceptos como el artículo 1101 del Código civil y el artículo 1591 del Código civil. Así, en la STS de 30 de enero de 2018 (Roj 206/2018) se ejercita una doble acción, una basada en la LOE y otra basada en las normas generales de la responsabilidad contractual. En esta sentencia conviene señalar que, además de los daños materiales causados en el edificio, se piden daños morales que, como sabemos, no se encuentran cubiertos por el régimen de la LOE.

El recurso a otras normas que se cifra, fundamentalmente, en acudir al artículo 1101 Código civil, persigue, como principal objetivo, sortear las deficiencias normativas que la regulación contenida en la LOE presenta para los intereses de los destinatarios finales de las viviendas o edificios: la fijación del *dies a quo* del plazo de garantía en la fecha de recepción de la obra que puede determinar que dicho plazo ya haya transcurrido total o parcialmente cuando se adquiere la vivienda<sup>(26)</sup>, el breve plazo de prescripción de dos años del artículo 18.1 LOE o, finalmente, la necesidad de que quede acreditado en el proceso que la causa de los daños es imputable al profesional demandado.

El recurso a esa normativa general como fundamento de las reclamaciones está siendo efectivo, tal y como se aprecia en la STS de 24 de mayo de 2017 (Roj 1991/2017) en la que se ejercita la acción del artículo 1101 del Código civil y, con ello, se consigue que la acción no se entienda prescrita porque queda excluida expresamente del plazo de 2 años indicado en el artículo 18.1 LOE.

Otra finalidad del recurso al artículo 1101 del Código civil es poder exigir la indemnización de daños que no sean propiamente daños materiales causados en el propio edificio; en la STS de 24 de mayo de 2017 (Roj 1991/2017) se exige como concepto indemnizatorio la renta paga por el demandante para alquilar un piso mientras se reparan los daños; en la STS de 30 de enero de 2018 (Roj 206/2018) el demandante exige también la indemnización de daños morales. No obstante, en ninguna de las dos resoluciones tiene recorrido argumental la exigencia de este tipo de daños.

---

(26) PUGA PEREZ, M. Y., «Responsabilidad contractual...», cit., p. 301, entiende que pueden ejercitarse las acciones generales cuando han transcurrido los plazos de garantía de la LOE.

No obstante, el recurso al artículo 1101 del Código civil como fundamento de la responsabilidad presenta el límite de que el demandante debe haber tenido una relación contractual con los demandados, porque, de lo contrario, no podrá invocar dicho precepto. En la STS 27 de diciembre de 2013 (Roj 6669/2013), el Juzgado de primera instancia, había entendido prescrita la acción y, en consecuencia, había desestimado la demanda; sin embargo, la Audiencia Provincial entiende que se ha ejercitado conjuntamente la acción de responsabilidad contractual y, por tanto, revoca la sentencia de instancia, condenando a todos de manera solidaria al no poder entenderse prescrita la acción. Los arquitectos recurren en casación alegando que no mantenían con el demandante ninguna relación contractual, puesto que a ellos los había contratado la empresa de arquitectura con quien contrató directamente el demandante para encargarle el Proyecto. Esta ausencia de relación contractual de los arquitectos con el demandante lleva al Tribunal Supremo a estimar el motivo del recurso de casación, modificando la sentencia de la Audiencia provincial para exonerar de responsabilidad a los arquitectos.

Por otro lado, la existencia de una relación contractual veda el artículo 1101 del Código civil como fundamento de la reclamación a los particulares que han adquirido o encargado la construcción de un edificio frente a los agentes de la edificación con los que no han contratado directamente; tampoco podrán recurrir a este fundamento normativo los denominados «subadquirentes», es decir, aquellos que han adquirido la vivienda de quien contrató directamente con el promotor. Sin embargo, en la STS de 22 de junio de 2022 (Roj 2619/2022), el TS reconoce legitimación a los segundos adquirentes y acoge el recurso de casación estimando la demanda. Curiosamente, este fundamento se apoya en sentencias del Tribunal Supremo en que se procedía a la aplicación del artículo 1591 CC y que extendían la legitimación pasiva para ejercitar la acción a los subadquirentes, concretamente y entre ellas la STS 597/1997, de 30 de junio.

Por su parte, Puga Pérez, destaca que el recurso al artículo 1101 del CC presenta el inconveniente de que es un sistema de responsabilidad basado en la culpa o negligencia y, en consecuencia, la carga de la prueba de dicho elemento recae sobre el demandante; además, entiende que, en este caso, no rige la solidaridad<sup>(27)</sup>. Sin embargo, en lo que respecta a la primera cuestión, Rey Muñoz sostiene que: Aunque en teoría existe una diferencia entre la responsabilidad *ex* LOE, de carácter cuasi-objetivo, y la de índole contractual, de carácter, en principio, subjetivo, en la práctica procesal esa circunstancia no se traduce en consecuencias relevantes<sup>(28)</sup>.

(27) PUGA PÉREZ, M. Y., «Responsabilidad contractual...», cit., p. 312.

(28) REY MUÑOZ, F. J., *La responsabilidad legal...*, cit., (tesis doctoral) p. 309.

## 7. REFLEXIONES FINALES

La norma de referencia en lo atinente a la responsabilidad civil por daños consistentes en defectos de la construcción de edificios y, en consecuencia, de viviendas, es la LOE. No obstante, no se trata de una referencia normativa exclusiva debiendo contarse también con los artículos 1484 y ss del CC en sede de compraventa, el artículo 1591 del Código civil y el artículo 149 LGDCU y su remisión al artículo 148 LGDCU, como normas específicas. No obstante, estas últimas normas no aparecen referidas en las resoluciones de los últimos años de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo debido a que algunas, seguramente, no fundamentan las demandas (arts. 1484 y ss CC, artículo 149 LGDCU) y a que los Tribunales han entendido –equivocadamente– que el artículo 1591 CC fue derogado por la LOE.

La LOE y la interpretación que de ella están haciendo los Tribunales está generando una situación que se traduce en que los intereses de los profesionales y empresarios que se dedican al sector de la construcción y comercialización de viviendas son primados por encima de los de sujetos que adquieren la propiedad de dichas viviendas y que, en muchos casos, pueden ser considerados consumidores. Realidad que contrasta con el que la justificación de la LOE, según su Exposición de Motivos, sea la de fijar las garantías suficientes a los usuarios frente a los posibles daños, como una aportación más a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Dicho desequilibrio normativo que favorece los intereses de quienes en el mercado aparecen en el lado de la oferta de edificios y de viviendas podría encontrar alguna justificación en el momento en que se promulgó la LOE, pues la interpretación jurisprudencial del artículo 1591 CC que había efectuado hasta ese momento la Sala Primera del Tribunal Supremo favorecía en gran medida los intereses del adquirente de la vivienda o edificación, ya lo fuera a través de un contrato de compraventa o de un contrato de obra.

La LOE, sin embargo, si bien parece que, por un lado, regula algunos aspectos con el objetivo de equilibrar los intereses confluyentes, por otro, incorpora elementos regulatorios que desequilibran la balanza perjudicando seriamente los intereses de los adquirentes. Quizás se deba a que el sector de la construcción deba ser especialmente protegido por intereses económicos del país, pero no debe obviarse que el artículo 51 CE exige la protección de los consumidores y el adquirente de vivienda normalmente va a encajar en el concepto de consumidor del artículo 3 LGDCU.

Uno de los aspectos que regula razonablemente la LOE para amparar los intereses de los agentes intervinientes en la edificación es el de la gra-

dación temporal de los plazos de garantía en función de la entidad de los daños, pues no parecía razonable que el mismo plazo, que, nada más y nada menos, es de 10 años en el artículo 1591 CC, sirviera para defectos tanto en elementos estructurales como para otro tipo de defectos menos graves y que no afectan al uso o destino que puede hacerse del edificio o vivienda.

Como digo, la regulación de los plazos de garantía favoreciendo los intereses de los agentes intervinientes en la construcción y comercialización de edificios y viviendas es razonable, pero no lo es que el resto de aspectos que se regulan en la LOE sobre esta materia favorezcan también los mismos intereses, perjudicando los de los adquirentes.

En efecto, el resto de la regulación que, en este punto, incorpora la LOE descompensa la solución normativa ofrecida al problema de falta de conformidad del edificio o vivienda perjudicando los intereses de quien acaba siendo su propietario por adquirirlo a través de un contrato de obra o de compraventa. Así, puede referirse la fijación del *dies a quo* del plazo de garantía sin tomar en consideración el momento en el que el destinatario final de la vivienda o edificio hace uso del mismo por primera vez, sino como un mecanismo de liberación de la responsabilidad de los agentes intervinientes en la construcción y comercialización pasado un determinado período de tiempo. Otro aspecto que indica esta tendencia de la norma a favorecer los intereses empresariales y profesionales es la fijación de un plazo de prescripción de dos años desde que aparecen los desperfectos: este plazo es brevísimo y dificulta, junto con el *dies a quo* del plazo de garantía, la interposición de acciones por parte de los perjudicados. Por otro lado, haber *disuelto* –si se me permite la expresión– la forma en que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo aplicaba la solidaridad en esta materia, incorporando expresamente en la ley que la responsabilidad es individualizada, ha determinado una evolución del sistema que lo aparta de criterios cuasi-subjetivos y lo acerca a un sistema de responsabilidad subjetiva basado en la culpa, acercándose una posible involución del sistema establecido por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en torno al artículo 1591 CC. Dicha individualización establecida normativamente está siendo invocada por los profesionales y empresarios demandados para defenderse en los Tribunales y estos, como no puede ser de otro modo, la están aplicando. Por otro lado, se puede apreciar cómo la interpretación que el Tribunal Supremo está haciendo de cuestiones como la prescripción de la acción –que puede producirse para unos, pero no para otros agentes intervinientes en la edificación– también contraría los intereses de los adquirentes de edificios y viviendas defectuosos.

Puede pensarse que es justo que así sea, que la negligencia es el fundamento de la responsabilidad en nuestro Ordenamiento y que así debe

ser en esta materia también. Sin embargo, entiendo que el criterio cuasi-subjetivo que durante tanto tiempo se aplicó en esta materia al hilo del artículo 1591 CC atendía adecuadamente los intereses de particulares que adquieren su vivienda con un gran esfuerzo económico. Parece razonable que se proteja, de manera reforzada, a los adquirentes de vivienda por la importancia del bien de que se trata.

Esta regulación, desequilibrada en detrimento del perjudicado, de la responsabilidad civil en caso de edificios y viviendas no conformes no se balancea o compensa a través de la regulación del seguro obligatorio que aparece contemplado en el artículo 19 LOE pues solo es obligatoria su efectividad durante los plazos de garantía de 10, 3 y 1 año; además, los seguros solo deben cubrir los daños materiales en el edificio que son los contemplados en la ley, de modo que no sirven para cubrir aquellos daños a los que no alcanza la LOE como se deriva de la lista de exclusiones de su artículo 19.9.

Resta decir que, debido a la inoperancia o poca efectividad de la LOE para solventar equilibradamente los litigios que se suscitan en esta materia, las demandas se basan en normas generales de responsabilidad contractual, fundamentalmente en el artículo 1101 del Código civil –aunque también tiene cabida el artículo 1124 CC–, lo cual permite prescindir del *dies a quo* del plazo de garantía, además de alargar el plazo de prescripción hasta los 5 años por aplicación del artículo 1964.2 CC. No obstante, este recurso normativo presenta la limitación de que el demandante y los demandados deben haber estado vinculados a través de una relación contractual, lo que excluye de este mecanismo a los subadquirentes que solo podrán invocar los preceptos de la LOE y, en su caso, el artículo 1591 CC – que se interpretó que los alcanzaba– y los artículos 148 y 149 LGD-CU cuando proceda su aplicación.

Tras este repaso a las principales cuestiones que suscita esta materia, considero que podría mejorarse la normativa mediante modificaciones de la LOE que permitieran solventar más equilibradamente los litigios. Concretamente, entiendo que la medida más importante consistiría en corregir el plazo de prescripción de la acción contemplada en el artículo 18.1 LOE, ampliándolo a, al menos, cinco años. También podría operarse sobre la fijación del *dies a quo* de dicho plazo.

Una segunda modificación importante debería incidir en el *dies a quo* del plazo de garantía para que atendiera al primer uso del propietario de la vivienda o edificación; eso convertiría este mecanismo en una verdadera garantía para el adquirente y no en un mecanismo de liberación de responsabilidad de los empresarios y profesionales que intervienen en la construcción y comercialización de los edificios y de las viviendas una vez que ha pasado un determinado período de tiempo.

Por otro lado, acaso la responsabilidad debiera ser solidaria entre todos los implicados, tal y como la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo interpretaba el artículo 1591 CC antes de promulgarse la LOE. Desde luego, tal regulación beneficiaría los intereses de los adquirentes propietarios de viviendas y edificios, pero entiendo que es una cuestión que debe ser meditada y valorada convenientemente pues dicha doctrina suponía que los agentes intervinientes en la edificación y sus aseguradoras se vieran implicados en litigios y tuvieran que responder por defectos que no eran de su incumbencia.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- ABASCAL MONEDERO, P. J., «Responsabilidad civil en la construcción: ¿sigue vigente el artículo 1591 del Código Civil tras la publicación de la Ley de Ordenación de la Edificación?», *Actualidad civil*, ISSN 0213-7100, Volumen 1, núm. 1-12, 2003, pp. 127-135.
- ALONSO PÉREZ, M.<sup>a</sup> T., «El difícil encaje de los artículos 148 y 149 del TRLGDCU en el conjunto de normas sobre responsabilidad civil en la construcción», en *Contrato de obra y protección de los consumidores*, dir. por Albiez Dohrmann, K. Jochen y Rodríguez Marín, Concepción, edit. Aranzadi, 2014, ISBN 978-84-9059-158-1, pp. 561-605.
- AÑON LARREY, A., «Propuesta de reforma de lege ferenda de la acción de repetición recogida en el artículo 18.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)», *Actualidad Civil*, ISSN 0213-7100, núm. 5, 2024.
- BLANCO MARTÍN, P., *La responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación: sus efectos en la prescripción, la intervención provocada y el derecho de repetición*, Dykinson, 2021. ISBN 978-84-1377-317-9.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Ley de edificación y Código civil», en *Anuario de Derecho Civil*, 2000, pp. 5-21.
- ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, edit. Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2011.
- «Las responsabilidades de los agentes de la edificación en la LOE», en *Derecho de daños / Mario Enrique Clemente Meoro (dir.)*, María Elena Cobas Cobiella (dir.), 2021, ISBN 978-84-1397-023-3, pp. 951-1007.
- GARCÍA CANTERO, G., «La responsabilidad civil por ruina de los edificios ex artículo 1591 del Código civil», en *Anuario de Derecho Civil*, 1963, núm. 4, pp. 9-78.
- PACHECO JIMENEZ, M.<sup>a</sup> N., *Los seguros en el proceso de la edificación*, edit. La Ley, 2008. ISBN 978-84-9725-972-9.
- PUCHE RAMOS, A., «La determinación del plazo de inicio de la prescripción de la acción en reclamación de vicios o defectos constructivos. ¿Caben los daños continuados en la LOE?», en *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, ISSN 1697-7068, núm. 133, 2018.





- PUGA PEREZ, M. Y., «Responsabilidad contractual y responsabilidad aquiliana por defectos en la construcción de edificios: su interrelación con la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *Revista Jurídica del Notariado*, enero-junio 2024, núm. 118, pp. 285-328.
- «Responsabilidad civil por vicios de la construcción en el ordenamiento jurídico español: sistema de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación y su concurrencia con otros regímenes», tesis doctoral. Universidad de Vigo, 2022.
- «El seguro obligatorio de la Ley de Ordenación de la Edificación», en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, ISSN-e 2255-1824, núm. 22, 2020, pp. 45-67.
- REY MUÑOZ, F. J., *La responsabilidad legal y contractual por defectos constructivos*, tesis doctoral en acceso abierto: [helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/18315/2019000001898.pdf](http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/18315/2019000001898.pdf)
- *La responsabilidad contractual por defectos en la edificación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- «La autonomía de la acción de repetición y su plazo de prescripción en la Ley de ordenación de la edificación», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, ISSN 0210-8518, núm. 2, 2019, pp. 281-306.
- SANTANA NAVARRO, F. L., *La responsabilidad en la Ley de ordenación de la edificación*, Marcial Pons, 2018. ISBN 978-84-9123-515-6.
- «La coordinación entre la LOE y otras normas del ordenamiento jurídico privado», en *Anuario de Derecho Civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 72, núm. 2, 2019, pp. 355-418.

## D. Transparencia urbanística\*

**Aurelio Barrio Gallardo**

*Titular de Derecho civil*

*Universidad de Zaragoza*

*abarrio@unizar.es*

**Resumen:** *La falta de conocimiento real y efectivo de las condiciones urbanísticas cuando se compra una finca puede deparar, en más de una ocasión, la frustración del fin negocial con el que fue adquirida, al no poderse realizar objetivamente el interés de la parte (p. ej. edificar sobre ella). Dicha contravención de la disciplina urbanística obedece bien a que la situación administrativa del terreno era ignorada de forma disculpable por el comprador, bien a que fue silenciada maliciosamente por la contraparte al tiempo de la contratación o, simplemente, porque sobrevino una modificación del planeamiento con posterioridad a la perfección contractual. Aparte del estudio de los remedios que proporciona el legislador, se sugieren, desde la perspectiva del Derecho civil, algunas soluciones para intentar prevenir estas anomalías, dirigidas a incrementar la transparencia urbanística en el momento de concluirse las operaciones inmobiliarias.*

---

\* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Grupo de Investigación DE IURE (S S26\_23R) del Gobierno de Aragón y del Proyecto I+D+I: «El proceso desigual: razón, diagnóstico y propuestas de intervención (PID2022-139585OB-I00)»; de los que son IP, HERRERO PEREZAGUA, J. F., y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. CU de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza.



**Palabras clave:** *legalidad urbanística; impugnación y resolución del contrato, vicios del consentimiento, aliud pro alio, redhibición, publicidad administrativa y registral.*

**Abstract:** *The lack of real and effective knowledge of the urban planning conditions when purchasing a property can sometimes lead to the frustration of the business purpose for which it was acquired, as the interest of the party cannot be objectively realized (e.g. building). This contravention of planning discipline may be due either to the fact the administrative situation of the land was excusably ignored by the buyer, or because it was maliciously silenced by the counterparty at the time of contracting, or simply because a modification to the planning occurred after the contract was made. Apart from the study of the remedies provided by the legislator, some solutions, from the perspective of civil law, are proposed to try to prevent or reduce these anomalies, increasing urban transparency at the time the different real estate operations are made.*

**Keywords:** *urban planning legality; challenge and termination of the contract, defects of consent, aliud pro alio, redhibition, administrative and registry publicity.*

**Sumario:** 1. Impugnación por vicios del consentimiento. 1.1 Introducción. 1.2 Error. 1.2.1 Condiciones urbanísticas. 1.2.2 Esencialidad. 1.2.3 Excusabilidad. 1.3 Dolo. 2. Resolución contractual. 2.1 Remedio general. 2.2 Remedio específico. 3. Saneamiento por vicios ocultos. 4. Conclusiones. 4.1 Concurso de acciones. 4.2 Publicidad registral e intervención notarial. 5. Bibliografía.

## 1. IMPUGNACIÓN POR VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

### 1.1 Introducción

Para que un negocio con finalidad traslativa, sea del dominio pleno, sea de un derecho real limitado sobre la finca, surta los efectos que le son propios es preciso que el consentimiento –siempre se ha dicho que es el alma del contrato (STS 30 septiembre 1963 [RJ 3958])–, entendido como el concurso entre la oferta y la aceptación (art. 1262 CC)– obedez-

ca a la voluntad consciente, racional y libre por ambas partes<sup>(1)</sup>. Aun cuando comprador y vendedor reúnan capacidad de ejercicio suficiente para asumir sus obligaciones, la formación de su voluntad negocial puede verse aquejada por un vicio que excluya o disminuya sus características de inteligencia o discernimiento (STS 6 junio 1953 [RJ 1658]) afectando a sus facultades cognitivas, como acontece cuando concurren vicios ex artículo 1265 CC con trascendencia anulatoria del negocio. La disconformidad entre las condiciones o situación urbanística de la finca, que se ha representado mentalmente el sujeto, y las verdaderamente existentes en la realidad, ha dado lugar en los tribunales a impugnaciones, solicitando dejar sin efecto el contrato, fundadas, en su mayor parte, en error (art. 1266) y, en menor medida, basadas en el dolo de la contraparte (art. 1269 CC).

## 1.2 Error

### 1.2.1 Condiciones urbanísticas

Jurisprudencia y doctrina científica coinciden en afirmar que el error en la sustancia –referido en el artículo 1266. I CC– debe ser entendido en sentido amplio y alcanza la materia o esencia de la cosa, pero también aquellas cualidades que siendo propias de ella o más o menos conexas, son tenidas en cuenta por las partes<sup>(2)</sup>. Así que tal equivocación puede recaer igualmente sobre determinados atributos o caracteres, ajenos a su materia, pero reputados esenciales para los contratantes (STS 21 junio 1978 [RJ 2359]; más recientemente, STS 17 febrero 2014 [RJ 1862] y STS 12 enero 2015 [RJ 608]) y que aquella de la que se carece sea, precisamente, la que, de manera primordial y básica, atendida la finalidad de dicho contrato, motivó su celebración (STS 14 febrero 1994 [RJ 1469]; STS 17 julio 2006 [RJ 6379]).

Entre tales características, destacan las limitaciones a la edificabilidad del terreno, que conciernen al contenido de la propiedad urbana; así la jurisprudencia ha estimado que hay error si se compra una parcela para construir y luego resulta que esto no era posible por impedirlo la normativa urbanística (STS 27 febrero 1954 [RJ 709]; STS 20 enero 1964 [RJ 355]; STS 27 octubre 1964 [RJ 4735]; STS 20 abril 1965 [RJ 3744]; STS 1 de

---

(1) LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho de Obligaciones*, II, Tecnos, Madrid, 1989, p. 35; LACRUZ BERDEJO, J. L., y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil*, II-1, Dykinson, Madrid, 2000, p. 364.

(2) Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, I-2, Bosch, Barcelona, 1980, p. 217; GARCÍA CANTERO, G., y CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, III, Reus, Madrid, 2008, p. 644; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, et al., *Curso de Derecho Civil*, II-1, Edisofer, Madrid, 2023, p. 359.

marzo 1983 [RJ 1412]; STS 27 mayo 1983 [RJ 1412]; STS 18 febrero 1985 [RJ 560]; STS 4 enero 1989 [RJ 92]; STS 27 marzo 1989 [RJ2201]); STS 28 septiembre 1996 [RJ 6820]; STS 26 noviembre 1996 [RJ 8279]; STS 10 noviembre 2002 [RJ 10263]; STS 17 julio 2006 [RJ 6379]).

### 1.2.2 *Esencialidad*

No cualquier error que padece el sujeto tiene suficiente entidad como para invalidar el consentimiento y, a la postre, desvincularle de la obligación inicialmente asumida –p. ej. pagar el precio en la compraventa–. Si así fuera, toda equivocación, aún la más nimia, daría al traste con la operación, dejando inerte a la contraparte que habría de soportar, en solead, el perjuicio que depara la ineficacia del contrato. Desde antiguo, y por influencia francesa, el error al proferir la declaración para deparar la anulabilidad negocial debe reunir los requisitos de esencialidad y excusabilidad (STS 4 enero 1902; *cfr.* además, STS 28 septiembre 1996 [RJ 6820], FJ5).

Así se dice que el error es esencial cuando ha sido lo determinante o causa principal de la emisión de la declaración de voluntad negocial, idea esta que se encuentra presente en el propio tenor literal de la norma («... que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo» [art. 1266. I CC]). Se pretende evitar que alguien quiera liberarse de la obligación contraída alegando la existencia de errores sin verdadera trascendencia en la prestación del consentimiento (STS 6 febrero 2020 [RJ 313]; STS 2 noviembre 2021 [RJ 5444]). Debe existir entonces un nexo de causalidad entre el error y la declaración de voluntad contractual –carácter sobre el que ha insistido el TS en su doctrina más antigua STS 14 mayo 1968; STS 9 abril 1980 [RJ 1411]; STS 4 enero 1982 [RJ 179]; y, más próximas al presente, STS 25 febrero 1995 [RJ 1643]; STS 19 febrero 1996 [RJ 1605])– y, a su vez, recaer sobre una característica esencial o relevante, sin cuya concurrencia no se habría perfeccionado el negocio, a modo de una *conditio sine qua non*.

Dicha trascendencia o gravedad necesaria se halla recogida, además, en todos los tratados clásicos de nuestra disciplina donde se subraya que la esencialidad guarda relación con el carácter determinante y la importancia decisiva del error para mover a la contratación, que ha de ser la causa principal de la misma<sup>(3)</sup>. El TS no solo ha tenido en cuenta el carác-

---

(3) DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, INEJ, Madrid, 1967, p. 111; COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Civil*, I, Alianza Universidad, Madrid, 1975, p. 158; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso*, I-2, *op. cit.*, p. 213; MORALES MORENO, A. M., «Comentario del artículo 1266 CC», *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 462.

ter causal del error desde esta perspectiva, como equivocación de una entidad suficiente, sino que, al enjuiciar dicho presupuesto, relativo a una característica esencial o relevante –p. ej. el carácter urbanizable de la finca– la ha anudado o vinculado a la finalidad pretendida conjuntamente por las partes mediante la conclusión del negocio jurídico (ST 21 mayo 1963 [RJ 3586]; STS 4 enero 1982 [RJ 179]); con aquello que es base, materia y motivo de la contratación (STS 8 marzo 1929).

El criterio para formarse un juicio acerca de la esencialidad puede ser objetivo –se tiene en cuenta la opinión del tráfico, o sea, el sentir común ante un caso como el contemplado– o subjetivo– cuando solo se atiende a si el sujeto concreto que padeció el error atribuyó carácter decisivo para emitir su declaración a la circunstancia sobre la que erró<sup>(4)</sup>. En un principio, si bien la jurisprudencia adoptó una concepción subjetiva (STS 14 junio 1943; STS 5 marzo 1960; STS 30 septiembre 1963 [RJ 3958] y STS 26 noviembre 1974 [RJ 4490]), parece que el TS, en la actualidad, abraza una interpretación objetivista, basada en criterios mensurables, que se aleje de percepción íntima y personal de quien sufre el error (STS 6 febrero 2020 [RJ 313]). En cualquier caso, la seguridad del tráfico exige que el error recaiga sobre aspectos que han sido incorporados a la causa del contrato<sup>(5)</sup>, que dichas condiciones formen parte del acto jurídico, con virtualidad para integrarse en la causa (STS 9 abril 1980 [RJ 1411]), y que puedan ser considerados como presupuesto de la base del negocio, aunque en alguna ocasión no se hayan explicitado, pero resulten evidentes en el curso de la negociación y, por ende, perfectamente conocidas por la contraparte (v. gr. si se vende una parcela no urbanizable a un constructor que actúa en el giro habitual del negocio).

Así pues, la presencia de esas cualidades, características o atributos, p. ej. en la finca, fue lo «que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste» (entre otras, la STS 12 julio 2002 [RJ 7145]; STS 24 enero 2003 [RJ 1995]; STS 6 febrero 2020 [RJ 313]) y, a la inversa, su carencia, entonces, resulta determinante de la anulabilidad del contrato (STS 12 noviembre 2004 [RJ 6900]; STS 17 julio 2006 [RJ 6379]). Si resulta acreditado –como así fue– que el objetivo perseguido por ambas partes en el contrato era la adquisición de una parcela para levantar sobre ella un bloque de apartamentos de 15 plantas, con un total aprox. 63 viviendas, y dicho proyecto no era viable por oponerse a ello la disciplina urbanística –que solo autorizaba un máximo

(4) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso...* I-2, *op. cit.*, p. 213.

(5) *Vid.* DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio...*, *op. cit.*, 1967, pp. 111 ss.

de 8– debe apreciarse error sustancial<sup>(6)</sup> en el consentimiento sobre las condiciones esenciales del solar, que fueron el elemento determinante –o motivo principal– para su compra, viciándolo de nulidad relativa (STS 27 mayo 1983 [RJ 2914]).

Los casos que han llegado hasta el Alto Tribunal ofrecen numerosos ejemplos del carácter esencial de este vicio volitivo cuando, p. ej. se venden varias fincas, como solares y, por tanto, en la creencia errónea de que presumiblemente eran aptas para la edificación y, luego, resultaron no ser urbanizables (STS 27 octubre 1964 [RJ 4735]; STS 27 mayo 1983 [RJ 2914]). En todos, el error del comprador sobre las cualidades esenciales del objeto, carácter no urbanizable del suelo, reserva para usos dotacionales, situación fuera de ordenación, etc. frustra el propósito que perseguía el adquirente –auténtica base y finalidad del negocio– que fue condición esencial del contrato, al no poder darle a la finca el destino que pretendía: construir sobre el terreno.

Tal sucede si se adquiere una parcela con la finalidad de levantar en ella una nave industrial y el inmueble no reúne las condiciones urbanísticas necesarias, pese a que el vendedor le había atribuido la condición de solar en los tratos preliminares y en la escritura pública (STS 28 septiembre 1996 [RJ 6820]); cuando la existencia de una norma urbanística imposibilita la edificación (STS 3 junio 2003 [RJ 5331]); se vende una finca con una superficie que no cumplía con los mínimos para destinarla a fines urbanísticos, al vulnerar las previsiones de la Ley del Suelo 1992, entonces vigente (STS 14 febrero 2000 [RJ 824]); la parte adquirente no es consciente de que la edificación es contraria a la disciplina urbanística de la zona (STS 4 octubre 2013 [RJ 7251]); la actuación dolosa de la contraparte lleva a asumir erróneamente que la finca permutada tiene carácter urbanizable (STS 20 noviembre 2002 [RJ 10263]). Algo semejante encontramos cuando se vende una finca calificada en principio como urbana, pero en momento posterior, cuando entra en vigor una revisión del planeamiento, se recalifica como rústica –hecho también ignorado por el vendedor al contratar–, lo que excluye el dolo, pero no el error (STS 4 octubre 2013 [RJ 7251]); o el comprador adquiere un edificio en propiedad horizontal sin tener conocimiento de que había sido construido sobre un espacio destinado a usos dotacionales –zona verde– (STS 30 diciembre 2015 [RJ 5950]).

---

(6) De todo el contexto del contrato celebrado se desprende que la razón fundamental que movió a la parte a comprar la parcela fue la existencia de un proyecto de construcción que fuera realizable: la posibilidad de levantar un edificio sobre el solar con determinadas características (plantas para el aprovechamiento de un número de viviendas...), en cuya virtud se cifró el precio; entonces, ese y no otro fue el motivo principal de la celebración del negocio jurídico ex artículo 1266 CC (STS 27 mayo 1983 [RJ 2914]).

Tampoco debe pasar inadvertido el hecho de que el error sobre la zonificación y, en su caso, calificación del suelo, afecta de manera directa y esencial al principio de justicia conmutativa que preside los contratos onerosos e influye de manera decisiva en la prestación del adquirente, que está abonando un precio muy superior al de mercado, al pagar suelo rústico como si fuera urbano. Que dicho desequilibrio que rompe el sinalagma también es tenido en cuenta a la hora de invalidar el consentimiento por viciado (STS 20 noviembre 2002 [RJ 10263]) dado que el grado de edificabilidad de la finca, según su calificación, tiene incidencia inmediata en su valor económico (STS 17 julio 2006 [RJ 6379]) y se puede estar pagando un precio desmesurado para otro destino –agrícola– distinto del previsto –industrial– (STS 14 febrero 2000 [RJ 824]). En la falsa creencia de que el terreno era apto para la edificación se concluyó la operación pues, de no ser así, el adquirente no habría dado por él un precio excesivo, que supera con mucho el valor que tiene como predio rústico (*cfr.* STS 27 marzo 1989 [RJ 2201]), ni se habría avenido a celebrar una permuta con una desequilibrio de hasta la mitad de su valor en la reciprocidad de las prestaciones (STS 20 noviembre 2002 [RJ 10263]); en cambio, no suele apreciarse un consentimiento viciado p. ej. cuando se calificó como rústico y como tal se pagó (STS 8 noviembre 2007 [RJ 8845]).

### 1.2.3 *Excusabilidad*

El CC español guarda silencio en el artículo 1266 CC acerca de este segundo requisito (STS 14 junio 1943), que proviene de la doctrina francesa, a diferencia la Compilación Navarra, que sí lo establecía expresamente en su redacción original (Ley 19. II). Se excluye la posible apreciación de este vicio del consentimiento cuando quien lo invoca no ha puesto el suficiente cuidado para evitarlo, adoptando las precauciones mínimas que le eran exigibles, pues carecería de sentido permitir que quien sufre error pudiera invocarlo si la confusión se debe a su propia negligencia. En otro caso, de favorecerse sin límite la propia equivocación, lo sería a cosa de quien ha creído en la palabra dada, y la anulación del negocio acabaría por ocasionarle un perjuicio inmerecido<sup>(7)</sup>.

La excusabilidad tiene pues por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no amerita esa tutela por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse

---

(7) *Cfr.* DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio...*, *op. cit.*, p. 115; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, I, Edersa, Madrid, 1982, p. 514.



esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración (STS 18 febrero 1994 [RJ 1096]; STS 3 marzo 1994 [RJ 1645]; STS 12 julio 2002 [RJ 7145]; STS 24 enero 2003 [RJ 1995]; STS 12 noviembre 2004 [RJ 6900]; STS 17 febrero 2005 [RJ 1680]; STS 17 julio 2006 [RJ 6379]). En virtud de los principios de autorresponsabilidad, protección de la buena fe y seguridad del comercio jurídico, la ineficacia del negocio no puede ser alegada por la misma parte culpable de haberla producido (STS 28 septiembre 1996 [RJ 6820]).

Se hace evidente que el error nunca puede ser imputable a quien lo padece (STS 14 junio 1943 [RJ 719]); STS 11 diciembre 1967; STS 8 junio 1968; STS 7 abril 1976; STS 15 febrero 1977; STS 7 julio 1981 [RJ 3052]; STS 27 mayo 1982 [RJ 2605]); sin embargo, sabido que la protección del errante requiere del enjuiciamiento de su propia conducta, resta por dilucidar cuál habrá de ser el nivel de empeño exigible y cuestionarse cuándo, en efecto, se ha desplegado una diligencia adecuada. La doctrina científica de nuestro país alude a un estándar que viene a coincidir, a falta de otra previsión específica, con el canon establecido en el artículo 1104 CC. Así es bastante común afirmar que el error no resulta excusable cuando pudo haberse evitado empleando un nivel de diligencia medio<sup>(8)</sup>; opinión que concuerda con el parecer mayoritario<sup>(9)</sup> de la jurisprudencia que lo califica igualmente de medio o regular (*cf.* STS 14 mayo 1968; STS 8 junio 1968; STS 21 junio 1978 [RJ 2359], STS 4 enero 1982 [RJ 179]; STS 27 mayo 1982 [RJ 2605]; STS 12 junio 1982 [RJ 3416]; STS 14 febrero 1994 [RJ 1469]; STS 25 enero 1996 [RJ 318]; o, entre las recientes, STS 11 diciembre 2006 [RJ 9893]; STS 12 noviembre 2010 [RJ 7587]).

La cuestión más delicada radica en realizar la evaluación de ese nivel de diligencia para determinar si en el supuesto concreto el error resultó disculpable, pues este es un ámbito donde reina el casuismo, y pocas conclusiones con carácter general cabe extraer, al haberse afirmado que se ha de estar a las circunstancias concurrentes en pleito (STS 23 junio 2009 [RJ 4230]), teniéndose en cuenta, entre otros factores, la condición de las personas (STS 28 febrero 1974; STS 18 abril 1978; STS 9 abril 1980 [RJ 1411]; STS 4 enero 1982 [RJ 179]) y su comportamiento, tanto de quien padece el error como de aquel que obtiene provecho del mismo (*cf.* STS 14 febrero 1994 [RJ 1469]; STS 18 febrero 1994 [RJ 1994, 1096]; STS 26 julio 2000 [RJ 9177]; STS 13 febrero 2007 [RJ 716]; STS 6 febrero 2020 [RJ 313]).

(8) Por todos, MORALES MORENO, A. M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 463.

(9) En algún otro caso se habla de una mínima diligencia (STS 25 enero 1996 [RJ 318]) aunque con un valor semejante al ya mencionado.

Se antoja más o menos evidente, como pauta general, que el nivel de diligencia exigible no puede ser equiparable entre el ciudadano medio y aquel que es un profesional del tráfico; es lógico que sea más estricto con este último al evaluar si el error que cometió resulta o no perdonable (STS 24 enero 2003 [RJ 1995]; STS 18 marzo 2004 [RJ 1904]; STS 12 noviembre 2004 [RJ 6900]; STS 1 junio 2005 [RJ 6294]; STS 17 febrero 2005 [RJ 1680])<sup>(10)</sup>. Lo mismo puede plantearse si uno de los contratantes es perito o perfecto conocedor, ya no del sector, pero sí del respectivo negocio celebrado, y el otro, empero, carece de tal condición (STS 9 abril 1980 [RJ 1411]; STS 12 junio 1982 [RJ 3416]; entre las recientes, *cfr.* STS 10 septiembre 2014 [RJ 5304]; STS 12 enero 2015 [RJ 608]) o uno de los dos se vale de asistencia letrada (STS 25 mayo 1963; STS 6 noviembre 1996 [RJ 7912]), en cuyo caso, lo más probable es que el negocio no sea nulo, y la parte perjudicada por su validez deba dirigirse en daños y perjuicios contra su abogado.

Asimismo, es relevante la buena o mala fe con la que se conduce la otra parte, porque la actuación dolosa de una de ellas, aunque no llegue a resultar constitutiva del vicio volitivo descrito en el artículo 1269 CC, sí repercute en la excusabilidad del error, al serle imputable, no a quien lo padece, sino a la contraparte, que se abstuvo de sacarle del error o disipar la confusión (STS 20 enero 1964 [RJ 355]; STS 26 octubre 1981 [RJ 4001]; STS 14 febrero 1994 [RJ 1469]; STS 21 julio 1995 [RJ 5596]) o incluso, no solo no lo despejó, sino que llegó a alimentar su existencia (STS 18 febrero 1994 [RJ 1096]) potenciando el radio de acción de este vicio del consentimiento. En este escenario, a veces asociado a la llamada reconocibilidad, se es más proclive a tolerar una eventual negligencia frente a la situación en la se hubiese errado en condiciones normales (STS 20 diciembre 1967; STS 26 octubre 1981 [RJ 4001]; STS 20 noviembre 2002 [RJ 10263]). Por tanto, si el error puede configurarse como dolo siempre será excusable (STS 17 enero 2005 [RJ 517] y STS 11 diciembre 2006 [RJ 9893]).

Resulta de interés mencionar cómo, en ocasiones, aunque son las menos, se ha considerado inexcusable el error que puede evitarse con solo consultar una oficina pública, como es el Registro de la Propiedad (STS 5 marzo 1962; STS 15 febrero 1977), a lo que se podría añadir, en desarrollo de la misma línea argumental, que la información urbanística está al alcance de cualquier interesado, como consecuencia del carácter público del planeamiento y, siendo ello así, no puede decirse que la buena fe que

---

(10) Aunque, en alguna ocasión, el hecho de que el contrato fuera celebrado entre una persona de edad avanzada y una sociedad mercantil, actuando esta como profesional del sector, no ha llegado a trascender a la resolución del caso, quizá por otros motivos (*Cfr.* STS 16 marzo 2011 [RJ 2875]).

exige deberes de comportamiento honesto y leal en los tratos imponga un especial deber de información en los vendedores respecto de extremos cuyo conocimiento pueden procurarse por sí mismos con una mínima diligencia (STS 17 noviembre 2006 [RJ 8932]). En tal sentido, p. ej., se consideró que la situación urbanística del chalé litigioso hubiera podido ser fácilmente conocida por los recurrentes, antes de decirse a la compra del mismo (STS 12 julio 1988 [RJ 10375]), en vista de que la información relativa al planteamiento urbanístico es pública y, por tanto, accesible a cualquiera de las partes intervinientes en la operación (STS 17 noviembre 2006 [RJ 8932])<sup>(11)</sup>.

Sin embargo, hecha la salvedad anterior, el parecer del TS –pienso– ha evolucionado en sentido opuesto y es más favorable a estimar que la desconformidad con la disciplina urbanística se ignora por el adquirente –sobre todo si no reúne la condición de profesional o experto– con el siguiente argumento: si el comprador tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial impone al enajenante el deber de informarle (STS 4 enero 1982 [RJ 179]; STS 13 febrero 2007 [RJ 716]), máxime si la legislación sectorial, p. ej. la del suelo –como es parcialmente el caso que nos ocupa– sanciona ciertos deberes precontractuales de información (art. 27 LSRU), cuya infracción, legítima –como se verá más adelante– una resolución contractual. Del mismo modo que la limitación urbanística pudiera resultar accesible al comprador, con mayor razón habría de ser consciente el propietario de la finca, quien, dado su contacto más prolongado con la misma, está en mejores condiciones de conocer sus características particulares; tan es así que en cuestiones litigiosas complejas a quien es todavía dueño le corresponde el deber de soportar las consecuencias negativas de la nueva situación que pesa sobre la finca (STS 16 marzo 2011 [RJ 2875]).

---

(11) No obstante, para algún autor esta doctrina debiera matizarse en relación con los incumplimientos de normas de carácter técnico-urbanístico en orden a habilitar una solución jurídica a un trascendente problema práctico, cual es el planteado por las venta de viviendas y locales con vicios de legalidad urbanística – y añade– «en realidad, hablar de fácil acceso del comprador a estas normas –y a su significación con el bien que compran– es simplemente una falacia asumida por la jurisprudencia (STS 17 noviembre 2006 [RJ 8932])» (Peña López, F., en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. [Dir.] *Comentarios al Código Civil*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor [Navarra], 2021, p. 1898).

Es más, la existencia de un remedio rescisorio específico en la legislación sectorial del suelo, no deja sino de ser una admisión, más o menos expresa, de la dificultad de acceder en la práctica a dicha información, pues si fuera conocida de forma sencilla al tiempo de concluir el contrato u otorgarse la escritura, u objeto de publicidad registral, un precepto como el artículo 27 de LSRU resultaría de todo punto innecesario; y, por el contrario, dicha norma existe, y ha venido siendo una constante desde mediados de los años 50. En sentido parecido, se afirma que «tal mecanismo supone el reconocimiento de la insuficiencia del sistema de publicidad urbanística» (Beltrán Aguirre, J. L., en Enériz Olaechea, F. J., et al. [Dir.], *Comentarios a la ley sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones*, 2.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Cizur Menor [Navarra], 2002, p. 446).

Casos ha habido, además, porque la realidad es más fecunda que la ficción, en los que la información dispensada era una y, al poco tiempo, tras concluir los tratos preliminares, pero no haberse otorgado todavía la escritura pública, el Ayuntamiento ha aprobado una nueva norma con efecto inmediato que recalifica el suelo haciendo que la finca pierda su condición de solar; este cambio de la situación urbanística de la finca conlleva una modificación sustancial del contrato, pues la parcela que era edificable dejó de serlo en la mayor parte de su superficie y, por tanto, se torna un objeto inhábil para la finalidad pretendida (STS 16 marzo 2011 [RJ 2875])<sup>(12)</sup>. Entonces, aun tratándose de un agente de ese ramo de la actividad económica, si la calificación del terreno fue sobrevenida, fruto del nuevo PGOU que se hallaba en trámite pero que no había tenido publicidad, «no puede afirmarse con rotundidad que con el empleo de una diligencia media hubiera podido conocer con certeza la recalificación urbanística de la finca objeto de la compraventa con anterioridad a la celebración [del contrato]» (STS 17 julio 2006 [RJ 6379]).

Todavía se hace más evidente cuando se llega al extremo de que la propia información suministrada por la Administración municipal es ya de por sí errónea, con el resultado de que no se puede llevar a cabo la edificación proyectada, sino tan solo una vivienda unifamiliar; ergo, por mucha que hubiera sido la diligencia desplegada, esta habría resultado inútil para disipar el error (STS 3 noviembre 2014 [RJ 5273]). En otras ocasiones, al haberse realizado varias visitas e inspeccionado la zona, la existencia de alguna construcción, conocida por el comprador, aunque después se revelase fuera de ordenación, puede mover a la existencia de un error excusable acerca de la edificabilidad del terreno que no es posible superar con una diligencia normal (STS 27 marzo 1989 [RJ 2201]).

### 1.3 Dolo

Entre la doctrina es bastante frecuente presentar el dolo como un error provocado o inducido maliciosamente<sup>(13)</sup>; se trataría, por tanto, de una

---

(12) En este supuesto particular, cuando la compraventa se perfeccionó carecería ya de las características urbanísticas que las partes le había atribuido, la información y documentación de la que dispuso el notario estaba obsoleta, pues no contenía el nuevo estatus rústico de la finca; no constaba que la vendedora conociera la modificación en trámite ni ocultara dicha información; tampoco cupo imputar mala fe ni negligencia a la sociedad mercantil compradora. El TS entendió que la vendedora, todavía propietaria cuando se produjo la modificación descrita, era quien, por tal motivo, debía objetivamente soportar las consecuencias de dicha alteración, concediendo la resolución contractual solicitada por la compañía adquirente (STS 16 marzo 2011 [RJ 2875]).

(13) DELGADO ECHEVERRÍA, J., y PARRA LUCÁN, M. A., *Nociones de Derecho Civil Patrimonial*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 281.

suerte de error cualificado por su gestación<sup>(14)</sup>. Además, la disconformidad entre la realidad –p. ej. carácter del terreno según su zonificación– y su representación en la mente del sujeto puede darse no solo por obra, palabras y maquinaciones insidiosas, esto es, la confianza que despierta la conducta y afirmaciones del otro contratante (STS 6 junio 1953 [RJ 1658]; STS 10 enero 1964; STS 27 octubre 1964 [RJ 4735]; STS 20 abril 1965 [RJ 3744]; STS 20 noviembre 1973; STS 4 enero 1982 [RJ 179]), sino también por su propio silencio, callando aquella información que debería revelar en el curso de la negociación<sup>(15)</sup>. Sea como fuere, en uno y otro caso, acciones u omisiones, se dice que el engaño es consustancial al dolo<sup>(16)</sup>.

Así, es perfectamente posible englobar dentro del artículo 1269 CC –y ello a pesar de su dicción literal– un comportamiento negativo o una abstención de obrar o dar a conocer algún hecho (STS 1 octubre 1986 [RJ 5229]), como p. ej. p. ej. ocultar datos de máxima importancia atinentes a la condición urbanística de la finca, faltando al deber de buena fe o incumpliendo los usos del tráfico, que induzcan a realizar una declaración viciada. Esta reticencia dolosa, –también denominada «dolo negativo»<sup>(17)</sup>– ha sido hace tiempo reconocida por la jurisprudencia de nuestro país (STS 1 octubre 1986 [RJ 5229]; STS 15 julio 1987 [RJ 5494]; STS 13 octubre 1989 [RJ 6916]); STS 27 septiembre 1990 [RJ 6908]; STS 21 julio 1993 [RJ 6102]; STS 15 junio 1995 [RJ 5296]; STS 30 diciembre 2009 [RJ 409]).

El principio elemental de buena fe, que abarca tanto la fase de consumación como la antesala de la contratación, incidiendo especialmente en la etapa de tratos preliminares, donde se gesta el consentimiento, así como una tendencia expansiva los derechos precontractuales de información –*cfr.* artículo 27 LSRU– invitan a pensar que la omisión de las características urbanísticas de la finca y sus limitaciones, de ser conocidas y deliberadamente silenciadas, igualmente provocan la anulabilidad negocial. Habría de sumarse a ello una indemnización por el daño causado si se logra acreditar que ha existido un ánimo subjetivo de perjudicar (STS 1 octubre 1986

---

(14) ALMAGRO NOSETE, J., «Comentario al artículo 1269», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *Comentario del Código Civil*, VI, Bosch, Barcelona, 2000, p. 577.

(15) Se ven comprendidas dentro del dolo «no solo la insidia directa e inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe» (STS 28 noviembre 1989 [RJ 7914]).

(16) *Cfr.* GULLÓN BALLESTEROS, A., *Curso de Derecho Civil. El negocio jurídico*, Tecnos, Madrid, 1969, p. 48.

(17) Así, en la doctrina patria: COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el Derecho civil*, Edersa, Madrid, 1955, p. 328; DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio...*, *op. cit.*, p. 152; GULLÓN BALLESTEROS, A., *Curso...*, *op. cit.*, p. 48; MORALES MORENO, A. M., «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», *ADC*, Vol. 35, núm. 3, 1982, p. 641; o, más recientemente, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, *Curso...*, *op. cit.*, p. 362.

[RJ 5229]; STS 23 mayo 1996 [RJ 4010]) que, como tal, –aunque sin ser una tesis compartida por todos los autores– no es un elemento constitutivo de este vicio volitivo<sup>(18)</sup>, a diferencia de lo que ocurre con la intención de engañar a la contraparte, que debe concurrir siempre.

Cuando la parte vendedora –y más aún tratándose de un profesional del sector– oculta la situación urbanística de la finca con la esperanza de que el carácter de terreno no urbanizable pase inadvertido al comprador, que actúa en el giro habitual de su negocio como constructor, se hace evidente que el silencio constituye un engaño de entidad suficiente (*dolus causam dans*)<sup>(19)</sup> como para poder impugnar y desvincularse del contrato<sup>(20)</sup>. El caso-tipo es el de la venta de parcelas destinadas a la edificación que con posterioridad se revelaron no aptas para dicha finalidad, habiendo sido omitida esta circunstancia a propósito por el vendedor (STS 20 abril 1965 [RJ 3744]; STS 1 octubre 1986 [RJ 5229]; STS 13 febrero 2007 [RJ 716]).

La casuística es muy rica, aunque no deja de responder siempre a la misma idea: así p. ej. el propietario no advierte, ni verbalmente ni por escrito, a quien la adquiere de que la finca vendida estaba incluida en un Plan Parcial de Urbanización como usos dotacionales, destino, que desconocía el comprador, cuyo propósito era construir un chalet (STS 1 octubre 1986 [RJ 5229]); o, siendo consciente de ello, silencia que el terreno que se compraba no era reglamentariamente apto para la construcción de una vivienda, pese a existir una edificación sobre él (STS 27 marzo 1989 [RJ 2201]); o no se le informa de que existe abierto un expediente por inmisión en el dominio público, cuando el comprador quiere adquirir el quiosco-bar con terraza que lo está invadiendo (STS 26 marzo 2009 [RJ 1748]), aunque bien pudiera tratarse *mutatis mutandis* de una vivienda fuera de ordenación; o se concierta una compraventa de un solar para construir y se silencia la existencia de una dolina, no apreciable por signos externos, que hacía imposible la edificación (STS 5 marzo 2010 [RJ 2390]).

---

(18) No es requisito del dolo, pero puede existir y, entonces, se debe resarcir (STS 1 octubre 1986 [RJ 5229]); aunque hay disparidad de opiniones: para que se dé «dolo» exigen el ánimo de perjudicar: STS 30 junio 1988 (RJ 5197) y STS 23 mayo 1996 (RJ 4010); en cambio, para otras resoluciones, bastaría con la contratación en beneficio propio u obtener alguna ventaja: STS 27 marzo 1989 (RJ 2201) y STS 28 noviembre 1989 (RJ 7914)).

(19) Para aplicar el 1269 y lograr la impugnabilidad del negocio jurídico transmisivo: a) el vendedor es conocedor de que existe un defecto de naturaleza urbanística; b) no se lo comunicó al comprador, con ánimo de engañarlo (captar su voluntad), que también lo ignoraba de forma excusable y c) ello le produce un daño patrimonial (*Cfr.* STS 30 junio 2000 [RJ 6747]).

(20) En un supuesto de permuta entre varias fincas, la actuación dolosa ocultando el carácter no urbanizable de la finca lleva al TS a estimar que no existe un dolo incidental (art. 1270 CC), subsistiendo la validez del contrato, con la consiguiente indemnización por la diferencia del valor, que al ser rústico se reducía casi a la mitad, sino dolo causal (art. 1269 CC), provocando su nulidad, por los vicios concurrentes, al frustrarse el fin del contrato y no poderse edificar en el terreno, cual era el objetivo perseguido por la sociedad permutante (STS 20 noviembre 2002 [RJ 10263]).

## 2. RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

### 2.1 Remedio general

Cuando la ineptitud de la cosa entregada la hace totalmente inservible al fin que naturalmente iría destinada, desde la perspectiva de la base del negocio, entra en el ámbito de aplicación de la doctrina del *aliud pro alio*, en cuyo caso la respuesta ofrecida por el Derecho es la resolución del contrato generador de obligaciones bilaterales (STS 29 noviembre 1996 [RJ 8565]; STS 22 marzo 1999 [RJ 1661]). No se trata de un simple cumplimiento defectuoso, sino que la inhabilidad de la cosa es tal, en cuanto a su falta de idoneidad o aptitud para satisfacer objetivamente el interés del comprador, que se considera que el deudor ha realizado una prestación diversa: entrega una cosa distinta de la inicialmente pactada, contraviniendo el requisito de la identidad de la prestación ex artículo 1166 CC (STS 28 noviembre 2003 [RJ 8361]).

Así, la jurisprudencia ha extendido la figura del *aliud pro alio* a los casos en que la prestación es inadecuada para satisfacer los fines del contrato (STS 9 julio 2007 [RJ 5433]; STS 20 noviembre 2008 [RJ 2009/283]; STS 6 octubre 2008 [RJ 2009/522]). El TS ha declarado en múltiples ocasiones que la concurrencia de impedimentos urbanísticos, si llegan a frustrar la finalidad con la que los compradores adquirieron los bienes, da lugar a solicitar la resolución por incumplimiento, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1124 CC (STS 19 enero 1990 [RJ 16]; STS 24 febrero 1993 [RJ 1249]; STS 23 octubre 1997 [RJ 7181]; STS 13 febrero 2003 [RJ 1017]).

Igualmente puede afirmarse que existe una línea jurisprudencial consolidada que aboca al mismo resultado en todos aquellos contratos en los que se transmite el dominio de la vivienda faltando la cédula de habitabilidad o no ha sido ni será posible obtener la licencia de primera ocupación (STS 22 diciembre 1993 [RJ 10106]; STS 11 diciembre 1995 [RJ 9474]; STS 9 mayo 1996 [RJ 3870]; STS 3 junio 2003 [RJ 5331]; STS 13 febrero 2007 [RJ 716]), lo que convierte a la edificación en un inmueble inviable a los fines de morada humana. En este ámbito de ineptitud para el destino programado, es bien conocido el caso en el que se pretende vender un trastero como si fuera una vivienda (SAP Pontevedra, Secc. 6.ª, 20 febrero 2012 [JUR 90435]; SAP Guipúzcoa, Secc. 3.ª, 16 febrero 2016 [JUR 77860]).

La entrega del inmueble sin las licencias preceptivas, en particular si se trata de un defecto insubsanable, ya no porque no se hayan tramitado, sino porque tan si quiera se podrían obtener, es causa de resolución ex artículo 1124 CC con las consecuencias habituales o, en su caso, las previstas en el contrato, p. ej. el abono de una pena convencional (STS 3 noviembre 1999 [RJ 8259]). Entre las resoluciones más recientes, se ha afirmado

que el certificado de final de obra careciendo los inmuebles de licencia de primera ocupación constituye un incumplimiento del plazo de entrega que justifica la resolución del contrato de compraventa –y, en su caso, la devolución de las cantidades anticipadas (STS 17 enero 2023 [RJ 775]).

La doctrina del TS viene otorgando efectos resolutorios a la falta de concesión de la licencia de primera ocupación cuando implique una presumible contravención de la disciplina urbanística en la medida que priva al comprador de disfrutar de la cosa con arreglo a su naturaleza: destinarla a vivienda. Así se afirma que dicho instrumento, que sustituye a la cédula de habitabilidad, completa la entrega de la vivienda en cuanto objeto apto para el tráfico jurídico (STS 10 septiembre 2012 [RJ 2266]; STS 14 noviembre 2013 [RJ 7300]; STS 22 abril 2015 [RJ 1357]); o que el deber de entrega del promotor vendedor alcanza no solo el aspecto físico, sino también el jurídico, y ha de permitir que la vivienda sea ocupada legalmente.

La ausencia de cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación supone una contravención de la legalidad urbanística y constituye un incumplimiento esencial del contrato (STS 11 marzo 2013 [RJ 2590]; STS 25 octubre 2013 [RJ 7257]; STS 28 abril 2014 [RJ 2668]), porque tales irregularidades conllevan una clara limitación de las facultades de aprovechamiento frustrando la finalidad esperable del inmueble: su uso como vivienda (STS 22 junio 2020 [RJ 2186]); sin tales autorizaciones administrativas la vivienda no está en condiciones de ser habitada, al verse privada de la posibilidad de obtener suministros (STS 27 septiembre 2016 [RJ 4841]; STS 10 octubre 2017 [RJ 4296]) lo que conlleva dejar al adquirente de la vivienda sin red de abastecimiento de agua y saneamiento (STS 7 julio 2017 [RJ 3199]).

Con la mejor doctrina científica, se ha de precisar, además, que el hecho de que estas licencias deban ser otorgadas por el Ayuntamiento no impide que el incumplimiento sea imputable al vendedor, pues el comprador es tercero en el procedimiento administrativo relativo a la licencia de primera ocupación<sup>(21)</sup>; ni tampoco cabe que del constructor/promotor se exima de responsabilidad por muy adversas que pudieran resultar las condiciones financieras del mercado: no habrá lugar a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, e igualmente procederá la resolución contractual si se presentan tales irregularidades (STS 11 diciembre 2014 [RJ 6374]), como tampoco se estimará implícita tal cláusula si ya se ha distribuido el riesgo y previsto los efectos del retraso en la falta de obtención de la licencia de obras (STS 15 marzo 1994 [RJ 1784]).

---

(21) CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Derecho de la Construcción y de la Vivienda*, 7.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 225-226.



Sin embargo, cuando las autorizaciones administrativas han sido recabadas en tiempo y forma, y la demora no está relacionada con esta clase de licencias, sino que ya se está en condiciones de poderse entregar la vivienda, la jurisprudencia no concede ni la resolución del contrato, ni legitima una rebaja del precio (STS 17 octubre 2022 [RJ 4494]); STS 10 julio 2023 [RJ 4372]), sino que el adquirente debería haber instado el otorgamiento de la escritura pública de compraventa o, en su caso, la resolución del contrato, cuando estaba a tiempo de hacerlo. A partir de entonces, la demora en formalizar el contrato, con toda la documentación administrativa en regla, sea ora por desatención del vendedor, ora por desinterés del comprador da lugar a desestimar la pretensión por incumplimiento (STS 10 octubre 2017 [RJ 4296]).

Cuando el retraso en recibir la licencia es liviano –unos pocos meses– habiéndose ya terminado la construcción de la vivienda en plazo, se estima que solicitar la aplicación del artículo 1124 CC es contraria a la buena fe y constituye una conducta meramente oportunista del comprador (STS 7 mayo 2019 [RJ 1881]). Sin embargo, si el lapso entre certificado de final de obras y la obtención de licencia de primera ocupación se dilata un año, se reputa un incumplimiento esencial (STS 7 julio 2017 [RJ 3199]). Si no figura plazo de entrega en el contrato de obra, pero sí en el del seguro, este último será el que rija; en el caso concreto, se concedió la resolución una vez transcurridos dos años sin haberse obtenido la licencia de primera ocupación (STS 11 diciembre 2014 [RJ 6374]).

Se viene interpretando, de un tiempo a esta parte, que la obligación principal del vendedor, consistente en la entrega del inmueble, debe llegar a buen fin: el goce del inmueble según destino, es decir, servir como vivienda. Para ello, según jurisprudencia reiterada, se debe cumplir con el artículo 1462 CC en dos aspectos: uno material o físico, consistente en la puesta a disposición –que se suele cumplir con el otorgamiento de la escritura– y otro, jurídico, cumplir las condiciones necesarias para que quede garantizada la posesión legal y pacífica de la cosa a favor del comprador (STS 13 noviembre 2013 [RJ 7446]; STS 12 septiembre 2016 [RJ 4437]).

No obstante, tales exigencias se han ido extendiendo, no solo a la falta de requisitos que entrañan imposibilidad de habitabilidad, por exigencias mínimas para una vida humana digna, sino también por la presencia de deficiencias urbanísticas (STS 14 noviembre 2013 [RJ 7300]; STS 9 marzo 2016 [RJ 959]; STS 12 septiembre 2016 [RJ 4437]), que conlleven el temor a ser desalojados por incumplir la disciplina urbanística: verse expuestos al peligro de una demolición, estar incluidos en plan de reparcelación, correr el riesgo de ser expropiados... En palabras del

Alto Tribunal, el aspecto jurídico se refiere al cumplimiento de aquellas condiciones necesarias para que quede garantizada la posesión legal y pacífica de la cosa a favor del comprador (art. 1462 CC), esto es, que la vivienda se pueda disfrutar según destino, sin impedimentos administrativos o urbanísticos (STS 13 noviembre 2013 [RJ 7446]).

Se insiste en que la vivienda no solo debe estar edificada en plazo, sino en disposición de ser entregada conforme a las normas administrativas de ocupación; a tal fin, si existen ilegalidades urbanísticas, se deben restituir las cantidades dadas a cuenta, según la antigua Ley 57/1968, y actual DA1.<sup>a</sup> LOE; en particular, se debe equiparar la entrega física a la jurídica y se incumple esta obligación cuando un problema urbanístico pueda conllevar su demolición (STS 9 marzo 2016 [RJ 959]). Lo mismo cabe decir si fruto de la anulación del instrumento urbanístico que le servía de cobertura a la vivienda –ahora litigiosa– queda fuera de ordenación, con el consiguiente peligro cierto y grave de que se proceda a su derribo (STS 12 septiembre 2016 [RJ 4437]).

Es también de interés subrayar que el TS ha zanjado una controversia producida entre la jurisprudencia menor, pues en un primer momento se entendió que la devolución de las cantidades anticipadas o dadas a cuenta solo procedía, conforme a la antigua Ley franquista Ley 57/1968, cuando se producía un retraso o la falta en la entrega, ya fuera física –puesta a disposición material– o jurídica –obtención de la licencia de primera ocupación. En la actualidad, la previsión recogida en la DA1.<sup>a</sup> LOE, en cuanto a las garantías legales, se extiende a todos los casos en que el contrato de compraventa no llega a buen fin, no solo la resolución por incumplimiento, sino también a aquellos en que se anula el contrato por causa no imputable al adquirente, en el caso concreto, por haber ocultado el promotor la existencia de vicios de naturaleza urbanística (STS 12 septiembre 2016 [RJ 4437]).

Cabe añadir, por último, que en este ámbito fácilmente se puede dar una intersección con las normas de otros sectores, muy en particular, con las protectoras de los consumidores, en la adquisición de vivienda, por el uso de publicidad, falta de conformidad, etc., que son objeto de análisis en otro lugar de esta obra. No obstante, merece ser destacado cómo, más de una vez, la resolución del problema –p. ej. la adquisición de un mirador privado– ha pasado por aplicar la doctrina clásica de los vicios del consentimiento, en vez de atender a la petición subsidiaria de resolución por incumplimiento, cuando la información publicitada –«las vistas al mar son increíbles desde cualquier punto de la vivienda»– provocó en los compradores la creencia de que, según el planeamiento urbanístico, las construcciones adyacentes no obstaculizarían las vistas del apartamento aún por construir (*cfr.* STS 6 febrero 2020 [RJ 313]).

## 2.2 Remedio específico

Existe una facultad resolutoria, que puede calificarse como norma civil –de larga tradición en el Derecho español–, recogida en la legislación específica de naturaleza administrativa relativa a la ordenación urbanística, desde la primera Ley del Suelo en 1956 hasta el texto refundido actualmente vigente de 2015 (art. 27), aunque, con el transcurso del tiempo ha ido extendiendo su plazo de ejercicio de uno a cuatro años: «2. En las enajenaciones de terrenos, debe hacerse constar en el correspondiente título: a) La situación urbanística de los terrenos, cuando no sean susceptibles de uso privado o edificación, cuenten con edificaciones fuera de ordenación [...]. 3. La infracción de cualquiera de las disposiciones del apartado anterior faculta al adquirente para rescindir el contrato en el plazo de cuatro años y exigir la indemnización que proceda conforme a la legislación civil» (art. 27 LSRU).

El TS ha hecho uso de esta norma *especial* en más de una ocasión (STS 4 enero 1982 [RJ 179]; STS 1.<sup>a</sup>, 27 marzo 1989 [RJ 2201]; STS 16 octubre 1999 [RJ 7330]; STS 8 noviembre 2007 [RJ 8845]) y enfatizado el carácter imperativo de dicha obligación legal (STS 1 octubre 1986 [RJ 5229]; STS 27 marzo 1989 [RJ 2201]; STS 28 febrero 1990 [RJ 726]; STS 15 diciembre 1992 [RJ 10494]). La redacción del precepto da a entender que es un remedio específico, de aplicación preferente, que quizá habría de desplazar a los artículos 1124, 1266, 1269 y 1438 CC como reglas que disciplinan la teoría general del contrato.

Sin embargo, la impresión que produce el estudio jurisprudencial es que ha sido tomada más en cuenta como infracción de un deber precontractual de información a los efectos de valorar la mala fe en el ámbito de la impugnación por vicios volitivos que como remedio resolutorio específico (STS 27 marzo 1989 [RJ 2201])<sup>(22)</sup>. Así se ha dicho que cabe presumir la existencia de error o dolo cuando no se cumplan las prevenciones del artículo 62 LRSOU 1976 (STS 27 mayo 1983 [RJ 1412]; STS 1 octubre de 1986 [RJ 5229], STS 28 febrero 1990 [RJ 726]; STS 8 noviembre 2007 [RJ 8845]) y, a la inversa, que «destruida la presunción de error o la inducción a la celebración que se pretendía, no hay infracción del artículo 62 de la Ley del Suelo» (STS 28 febrero 1990 [RJ 726]; STS 8 noviembre 2007 [RJ 8845]).

---

(22) Coincido así con la apreciación de ASUA GONZÁLEZ: «aún trayéndose a colación la obligación de información de la normativa urbanística, la pretensión liberatoria casi siempre se ha fundado en otros expedientes, entre ellos la anulación por error» (ASUA GONZÁLEZ, C., «Remedio anulatorio y remedios específicos del régimen de la compraventa», en CARRASCO PERERA, A. [Dir.], *Tratado de la Compraventa en Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, I, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor [Navarra], 2013, p. 358).

En síntesis, lo previsto en el vigente artículo 27.2 LSRU no es una ineficacia directamente establecida por la ley, sino «una facultad de provocar la resolución que se concede al adquirente cuando no se ha hecho constar que el terreno no es edificable o que el edificio o la industria están fuera de ordenación» (STS 17 noviembre 2006 [RJ 6297]); STS 8 noviembre 2007 [RJ 8845]). Nótese, además, cómo el ámbito de aplicación de la norma es bastante restringido, en el sentido de que solo se debe hacer constar en la escritura si el terreno fuese total y absolutamente no susceptible de edificación (STS 7 julio 1994 [RJ 6297]). Por último, no parece que el del artículo 27.4 LSRU sea un deber del notario, sino más bien una facultad («podrán solicitar») <sup>(23)</sup>, pues la obligación de declarar la situación urbanística recae sobre la parte y, después, el fedatario público, cuya actuación se limita al ámbito jurídico-privado, podría cotejar tales datos mediante cédula o telemáticamente con la Administración.

### 3. SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS

Otro de los problemas serios que ocasiona la complicada relación entre la disciplina urbanística y la contratación civil, cuando se perfecciona un negocio jurídico con finalidad traslativa, como p. ej. la compraventa de inmuebles, es la asunción, en virtud de subrogación real, y con eficacia *erga omnes*, de las cargas o afecciones urbanísticas con las que pudiera tener que pechar el anterior dueño de la finca (art. 27.1 LSRU), que tienen carácter *propter rem* y la acompañan con cada transmisión (STS, 3.ª, 11 julio 1987 [RJ 6874]), así como las limitaciones derivadas del planeamiento, en la medida que se consideran consustanciales a la propiedad urbana, y no límites exógenos, sino embebidos dentro de la función social de la propiedad (STC 26 marzo 1987 [RTC 37]).

El TS se ha encargado de precisar que esta clase de afecciones de naturaleza jurídico-pública no se verían incluidas en la expresión «libre de cargas y gravámenes» (STS 15 diciembre 1992 [RJ 10494]); además, el adquirente queda subrogado en la posición que tuviera el *tradens* respecto a la situación urbanística de la finca, con idénticos deberes respecto de la Administración (art. 27.1 LSRU), a despecho del Registro de la

---

(23) Vid. en el mismo sentido, SÁNCHEZ GOYANES, E. (Dir.), *Ley de Suelo. Comentario sistemático del texto Refundido de 2008*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2009, p. 688; para otros autores, se corresponsabiliza al notario de la integridad de la información urbanística cuya consignación en la escritura es preceptiva. Pero, al propio tiempo, no parece que de la omisión del notario de tal solicitud pueda hacerse seguir responsabilidad alguna (PAREJO ALFONSO, L., y ROGER FERNÁNDEZ, G. [Dir.], *Comentarios a la Ley del Suelo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 369).

Propiedad (STS 28 noviembre 1984 [RJ 5984]; STS 31 enero 1985 [RJ 937])<sup>(24)</sup> y sin que sea un obstáculo para que despliegue eficacia plena la protección que depara el artículo 34 LH (STS 10 mayo 1990 [RJ 4060]; STS 21 junio 1994 [RJ 4995]; STS, 3.<sup>a</sup>, 29 enero 1996 [RJ 222]; STS 26 septiembre 2006 [RJ 6665]); así, p. ej., de nada sirvió al adquirente ser tercero hipotecario cuando pesaba una orden de demolición sobre el inmueble (STS 21 junio 1994 [RJ 4995]; STS, 3.<sup>a</sup>, 14 julio 2016 [RJ 1773]).

Estas limitaciones, que tienen carácter institucional y configuran el contenido normal de la propiedad (STS 15 diciembre 1992 [RJ 10494]), no pueden ser consideradas gravámenes recayentes sobre el dominio (STS 15 diciembre 1992 [RJ 10494]; 27 noviembre 1996 [RJ 4829]), como tampoco lo son aquellas que sean consecuencia del régimen urbanístico del suelo (STS 27 enero 1906; STS 28 febrero 1990 [RJ 726]; STS 3 marzo 2000 [RJ 1308]). En consecuencia, las condiciones urbanísticas no pueden ser equiparadas, a efectos del artículo 1483 CC, a las cargas o servidumbres no aparentes que no se mencionan en la escritura (STS 17 noviembre 2006 [RJ 8932]).

Poca discusión cabe hacer del supuesto en cuestión una vez examinados los repertorios de jurisprudencia ya que, salvedad hecha de una resolución que puede considerarse casi anecdótica<sup>(25)</sup> —excepción que confirma la regla general— ha sido una constante en el foro el afirmar que «los problemas urbanísticos, deberes y cargas derivadas de la legislación urbanística que se imponen a través de los correspondientes Planes de Ordenación no son subsumibles en la regla del artículo 1483 CC» (STS 17 noviembre 2006 [RJ 8932]); aparte de no tener en puridad la conceptualización de cargas o gravámenes, no puede defenderse, al menos en teoría, que estén ocultas, debido a la reconocibilidad o accesibilidad de los Planes de la Administración y la valoración del alcance de la diligencia con la que deba actuar el comprador para conocerlos (STS 17 noviembre 2006 [RJ 8932]).

La información urbanística está al alcance de cualquier interesado, como consecuencia del carácter público del planeamiento (STS 17 noviembre 2006 [RJ 8932]); no puede decirse, entonces, que la buena fe exigible, como comportamiento honesto y leal en los tratos (arts. 7.1 y 1258 CC), imponga un especial deber de información a los vendedores coincidente con lo que el adquirente podría obtener mediante el acceso a los Registros u otras Oficinas Públicas (STS 17 noviembre 2006 [RJ 8932]). «Por ello si el comprador optó en su día por consultar solamente el Registro de la Propiedad y en cambio, aun siendo su actividad profesional y su

(24) *Vid.*, con idéntica orientación, FERNÁNDEZ DE BILBAO, J., «Limitaciones urbanísticas del dominio y reacción jurídico-civil», *Boletín JADO. Bilbao*, Año X, núm. 21, mayo 2011, p. 227.

(25) Solo de forma aislada la STS 11 mayo 1966 (RJ 2419) considera la imposibilidad de edificar en la finca como un gravamen oculto e impone al enajenante la obligación de saneamiento.

objeto social la construcción y realización de toda clase de obras, dejó de consultar, como era elemental para ella, en el correspondiente Ayuntamiento el régimen urbanístico afectante a los locales que adquiriría no podrá pretender la aplicación del precepto en cuestión –en alusión al artículo 1483 CC– (STS 3 marzo 2000 [RJ 1308]).

## 4. CONCLUSIONES

### 4.1 Concurso de acciones

No existe una solución pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia acerca de cómo ha de solventarse este concurso de acciones (anulabilidad, *aliud pro alio*...), tendentes a paliar los problemas descritos en el este capítulo. Más allá del socorrido principio de especialidad, poco aplicado por los tribunales, no se encuentra un criterio único ni bien definido que permita arrojar algo de luz sobre maremágnum jurídico de remedios, generales y específicos, a veces hasta incompatibles entre sí –anulabilidad y resolución– siendo entonces, el propio interesado quien, a conveniencia, elige interponer uno u otro ante los tribunales, según la naturaleza y duración del plazo de ejercicio o su *dies a quo*, las facilidades probatorias de sus presupuestos o el hecho, nada despreciable, de resarcirse del modo más amplio posible frente a los perjuicios patrimoniales irrogados.

Llama un poco la atención cómo esta concurrencia de remedios es asumida con tanta naturalidad por las altas instancias jurisdiccionales de nuestro país cuando, en buena técnica dogmática-jurídica, muchas de las pretensiones no pueden darse al mismo tiempo –error y dolo nunca coexisten de forma simultánea– o su estimación supondría una incongruencia conceptual –la resolución por incumplimiento presupone la validez el contrato y ya no cabe si este fue previamente anulado–. Sería deseable que se esclarecieran las pautas de actuación; en otro caso, se empuja a los abogados a una acumulación forzada de acciones, con carácter subsidiario –p. ej. impugnar el contrato viciado de nulidad relativa ex artículo 1266 y 1300 y ss.; y, caso de que no proceda o se estime, la resolución con apoyo en el artículo 1124 CC (STS 6 febrero 2020 [RJ 313]). En algunas otras ocasiones, el carácter dispositivo del proceso civil que impone el principio de justicia rogada, implica la pérdida de acciones que no se hicieron valer en el momento procesal oportuno –p. ej. dolo causal/error sustancial– al haberse optado indebidamente por el saneamiento recogido en el artículo 1483 CC– (STS 17 noviembre 2006 [RJ 8932]).

Dicho esto, el análisis histórico de la jurisprudencia, en época relativamente reciente, revela cómo el padecimiento de error sigue siendo el fundamento impugnatorio que se ha esgrimido con mayor frecuencia para privar de eficacia al contrato con finalidad traslativa del dominio cuando al interés objetivo de la parte se interpone la disciplina urbanística. Probablemente la explicación haya que encontrarla en las dificultades probatorias que comparativamente ofrece el vicio descrito en el artículo 1269 CC; hecho también admitido abiertamente por el TS (*cfr.* STS 12 diciembre 2016 [RJ 4437]), y la facultad resolutoria anudada a la infracción de los deberes urbanísticos de información, hoy prevista en el artículo 27.3 LSRU raza vez es esgrimida en solitario, sino como prueba del actuar inadecuada y contrario a la buena fe al atacar la validez del contrato ex artículo 1265 CC (v. gr. STS 20 noviembre 2002 [RJ 10263]).

## 4.2 Publicidad registral e intervención notarial

Como se ha podido comprobar, la información pública que facilitan las oficinas consistoriales, con datos acerca de las condiciones urbanísticas de la finca y su concreta situación respecto de los instrumentos de planeamiento –clasificación, calificación, posibles cargas y afecciones, etc.– no termina de llegar a los adquirentes de suelo ni compradores de vivienda, a pesar de su carácter público y accesibilidad general. La misma existencia de una norma de rancio abolengo, que con distintas formulaciones se ha venido reproduciendo desde mediados del siglo xx hasta la actualidad, es muestra de que el propio legislador es consciente de que en la práctica se producen disfunciones en la publicidad del régimen de ordenación del suelo urbano. A diferencia de cuando acontece cuando la carga o gravamen de naturaleza real, ya no puede decirse que se halle oculta al ser objeto de publicidad registral, lo que enerva la acción redhibitoria (STS 25 abril 1983 [RJ 2125], STS 12 marzo 1985 [RJ 1154]; STS 19 febrero 1999 [RJ 1055]).

Sin embargo, de su posible consulta y efectivo conocimiento, antes de la conclusión del contrato, depende en buena medida, la evaluación del canon de diligencia con la que se han conducido las partes, al enjuiciar si el error es inexcusable o si, por el contrario, resulta disculpable. Algo semejante, cabe predicar, en cuanto a la impugnación por dolo, cuando el enajenante es consciente de la infracción de la regulación urbanística y, sin embargo, siendo ignorada por la contraparte, se oculta o silencia de forma deliberada provocando maliciosamente una equivocación que, a la postre, resulta determinante de la perfección negocial, pero frustra el interés objetivo del adquirente (afecciones sobre la edificabilidad, carácter

no urbanizable del terreno, vivienda fuera de ordenación, inclusión en proyecto de reparcelación, zona reservada a usos dotacionales...).

La solución a esta carencia en la publicidad real y efectiva no pasa –o al menos no debería– por contratar los servicios de un profesional externo que realice una «*due diligence*» inmobiliaria, gasto inasumible para contratantes que no son profesionales del sector, sino, seguramente, por reforzar la transparencia urbanística arbitrando mecanismos que por vía telemática integran las características administrativas de la finca en el instrumento idóneo para garantizar la seguridad del tráfico inmobiliario: la publicidad que depara el Registro de la Propiedad. Cabría así, de manera sencilla, solicitar la expedición de un certificado que asegurara que la finca urbana no contraviene la disciplina urbanística, a petición de cualquiera que ostentara un interés legítimo, y, de otra parte, el contenido admonitorio del actual artículo 27.4 LSRU, se convertiría en una verdadera norma jurídica, cuya infracción acarrearía responsabilidad civil al notario que no hubiera informado correctamente al comprador sobre la situación urbanística de la finca (*cf.* STS 23 noviembre 2015 [RJ 5318]).

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, I-2, Bosch, Barcelona, 1980.
- ALMAGRO NOSETE, J., «Comentario al art. 1269», en Sierra Gil de la Cuesta, I., Comentario del Código Civil, VI, Bosch, Barcelona, 2000.
- ASUA GONZÁLEZ, C. I., «Remedio anulatorio y remedios específicos del régimen de la compraventa», en Carrasco Perera, A. (Dir.), *Tratado de la Compraventa en Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, I, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 349-359.
- BELTRÁN AGUIRRE, J. L., en Enériz Olaechea, F.J. et al. (Dir.), *Comentarios a la ley sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones*, 2.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Derecho de la Construcción y de la Vivienda*, 7.<sup>a</sup> ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el Derecho civil*, Edersa, Madrid, 1955.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, INEJ, Madrid, 1967.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., y PARRA LUCÁN, M. A., *Nociones de Derecho Civil Patrimonial*, Dykinson, Madrid, 2012.
- ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, I, Edersa, Madrid, 1982.
- FERNÁNDEZ DE BILBAO, J., «Limitaciones urbanísticas del dominio y reacción jurídico-civil», *Boletín JADO*. Bilbao, Año X. n° 21, mayo 2011, pp. 223-248.





- GARCÍA CANTERO, G. y CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, III, Reus, Madrid, 2008.
- GULLÓN BALLESTEROS, A., *Curso de Derecho Civil*. El negocio jurídico, Tecnos, Madrid, 1969.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil*, II-1, Dykinson, Madrid, 2000.
- LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho de Obligaciones*, II, Tecnos, Madrid, 1989.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. et al., *Curso de Derecho Civil*, II-1, Edisofer, Madrid, 2023.
- MORALES MORENO, A. M., «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35, Nº 3, 1982, pp. 591-684.
- «Comentario del art. 1266 CC», *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 459-464.
- PAREJO ALFONSO, L. y ROGER FERNÁNDEZ, G. (Dir.), *Comentarios a la Ley del Suelo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- PEÑA LÓPEZ, F., en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 1897-1898.
- SÁNCHEZ GOYANES, E. (Dir.), *Ley de Suelo*. Comentario sistemático del texto Refundido de 2008, Ley Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2009.

## MODOS DE ADQUIRIR LA VIVIENDA HABITUAL

## A. Régimen general: Promoción pública y privada

**Vega María Arnáez Arce**

*Profesora Titular de Derecho Administrativo*

*Universidad de Deusto*

*vegamaria.arnaez@deusto.es*

**Resumen:** *Partiendo del reconocimiento constitucional del derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en este trabajo se analiza la evolución del desarrollo legislativo del derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada hasta la vigente Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, entiendo por tal no solo la vivienda, sino el conjunto de derechos instrumentales que garantizan el acceso efectivo a la misma de la ciudadanía.*

**Palabras clave:** *Derecho a la vivienda, configuración legal, exigibilidad.*

**Abstract:** *Starting from the constitutional recognition of the right of all Spaniards to enjoy decent and adequate housing, this work analyzes the evolution of the legislative development of the right of access to decent and adequate housing until the current Law 12/2023, of 24 May, by the right to housing, I understand not only housing, but the set of instrumental rights that guarantee effective access to it for citizens.*

**Keywords:** *Right to housing, legal definition, enforceability.*



**Sumario:** 1. Introducción. 2. Aproximación al tratamiento legislativo del derecho a la vivienda en el ordenamiento jurídico español. 2.1 Contextualización y antecedentes normativos. 2.2 El derecho de acceso a la vivienda en la legislación autonómica. 2.3 El derecho de acceso a la vivienda en la legislación estatal. 3. Retos y oportunidades de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la vivienda. 3.1 El servicio objetivo al interés general en relación con el derecho de acceso a la vivienda. 3.2 La promoción pública de viviendas en la Ley 12/2023, de 24 de mayo: a) La ordenación del territorio y el planeamiento urbanístico; b) La declaración de zonas de mercado residencial tensionado; c) La aprobación de planes estatales de vivienda. 3.3 La colaboración público-privada y el fondo de vivienda asequible. 4. A modo de conclusión. 5. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la Constitución Española de 1978 «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación».

Desde el texto constitucional se pone de manifiesto la preocupación por la determinación del contenido, las implicaciones y las consecuencias jurídicas del derecho a una vivienda digna, así como el compromiso de los poderes públicos por garantizar su efectividad y, en definitiva, por la promoción del derecho de acceso de todos los ciudadanos a una vivienda digna y adecuada.

Sin embargo, esta previsión o proclamación constitucional no ha supuesto la garantía automática de las condiciones suficientes y necesarias para asegurar el acceso efectivo a la vivienda de la ciudadanía, especialmente de los colectivos social y económicamente más vulnerables<sup>(1)</sup>.

Ello, por cuanto que el artículo 47 de la CE en el que se proclama este derecho, forma parte del Capítulo Tercero de su Título Primero, «De los principios rectores de la política social y económica» y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53.3 de la CE, se trata de un principio que «[...] informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos [...]» y que podrá ser alegado ante la jurisdicción ordinaria «[...] de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

---

(1) ÁVILA ORIVE, J. L., y ARNÁEZ ARCE, V. M., «Una aproximación al tratamiento legislativo del derecho a una vivienda digna y adecuada, después de tres décadas de reconocimiento constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87-88/2010, p. 200.

De donde se deduce, la relevancia de la tarea legislativa que se lleve a cabo en desarrollo de este derecho a la vivienda para poder ser efectivo, realizable y, por ende, exigible por la ciudadanía.

En este sentido, este trabajo tiene por objeto el análisis del desarrollo legislativo del régimen general de acceso a la vivienda en el ordenamiento jurídico español y, más en particular, en la vigente ley estatal que lo regula, la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

La ley incluye medidas para aumentar la oferta de vivienda a precios asequibles, evitar que se den situaciones de tensión en el mercado del alquiler y apoyar a jóvenes y colectivos vulnerables en el acceso a la vivienda.

Asimismo, ofrece a comunidades autónomas y municipios diferentes herramientas que contribuirán a contener o reducir el precio del alquiler y a aumentar el parque de vivienda en alquiler social.

En definitiva, destaca la norma que se analiza por ser la primera ley estatal aprobada en materia de vivienda y por tratarse de una norma que, tal y como se indica desde su preámbulo pretende garantizar el derecho de acceso y disfrute de una vivienda digna, mediante medidas de fomento de la existencia de una oferta a precios asequibles y adaptada a las realidades de los ámbitos urbanos y rurales, con medidas como el límite al precio del alquiler o el impulso de las viviendas públicas.

## 2. APROXIMACIÓN AL TRATAMIENTO LEGISLATIVO DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

### 2.1 Contextualización y antecedentes normativos

Con anterioridad a la promulgación de la Constitución Española de 1978, la legislación en materia de vivienda estaba formada por un conjunto de normas que fueron incorporando, de manera paulatina, diferentes instrumentos de protección y fomento del acceso a la vivienda.

En este contexto, destaca la Ley de Vivienda social de 1976, a la que siguió el Real Decreto Ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de viviendas de protección oficial<sup>(2)</sup>, en el que se regulaban diversas medidas tendentes a la reactivación del sector. Este Decreto Ley fue objeto de desarrollo por el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre<sup>(3)</sup>.

---

(2) BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 1978.

(3) BOE núm. 14, de 16 de enero de 1979.

Tras la promulgación y entrada en vigor de la Constitución, y en ejercicio de la competencia exclusiva sobre las bases y planificación de la actividad económica, el Estado ha aprobado sucesivos planes de vivienda y rehabilitación, en los que se reflejan las dificultades de una parte muy importante de la población para acceder a la vivienda y se pone en evidencia como uno de los retos actuales más acuciantes para los poderes públicos, cual es el de la sostenibilidad y eficiencia de la actividad económica y de las políticas públicas que garanticen una producción suficiente de viviendas que pueda satisfacer y dar respuesta a las necesidades de alojamiento de la ciudadanía<sup>(4)</sup>.

En todo caso, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 47 de la CE, los poderes públicos tienen el deber de promover las condiciones necesarias para garantizar el derecho de todos los españoles de acceso a una vivienda digna y adecuada, lo que legitima la intervención pública en el mercado de la vivienda a través de diferentes instrumentos y actuaciones, tales como el reconocimiento de ayudas directas a la construcción de viviendas nuevas, la regulación de un régimen fiscal propio, promoción del alquiler de viviendas, aprobación de medidas específicas de financiación y de planes, proyectos y programas urbanísticos, entre otras.

La intervención de los poderes públicos relacionada con el derecho de acceso a la vivienda está regulada por un conjunto extenso y variado de normas jurídicas, que tienen diferentes objetivos y se aplican por diferentes administraciones y entidades del sector público dentro del ámbito de sus respectivas competencias de actuación y que se centran, como regla general, en cuanto se refiere a la fiscalidad, al urbanismo y a la regulación financiera y de los alquileres<sup>(5)</sup>.

En cualquier caso, no cabe duda de que el problema más acuciante de la vivienda es el de su accesibilidad, que se convierte en el objetivo más importante de las políticas de vivienda. En palabras de Rodríguez López el «[...] el [objetivo] más relevante consiste en lograr que el acceso a la vivienda no suponga un sacrificio excesivo para los hogares. Ello implica apoyar a los grupos sociales más vulnerables para lograr dicho objetivo. La

---

(4) En este sentido, el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, aprobado por el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, señalaba en su Exposición de motivos que nacía con la doble finalidad de establecer unas bases de largo plazo de los instrumentos dirigidos a mejorar el acceso y uso de los ciudadanos con dificultades y unas medidas coyunturales que evitasen un deterioro mayor de la situación mediante la asignación eficiente de los recursos destinados a la producción sobrantes de viviendas para que se destinen a satisfacer las necesidades de la población. Véase en el BOE núm. 309, de 24 de diciembre de 2008.

(5) RODRÍGUEZ LÓPEZ, J., *El derecho a una vivienda digna*, en <https://www.uah.es/export/sites/uah/es/investigacion/galleries/Descargas-Catedra-de-Democracia-y-Derechos-Humanos/Vivienda-Digna.pdf> (última consulta, 29 de julio de 2024).

política de vivienda debe prevenir la demanda de vivienda, anticipando el número de hogares calificados para recibir algún tipo de ayuda [...]»<sup>(6)</sup>.

De todo lo expuesto, resulta evidente que el artículo 47 de la CE no garantiza el derecho de acceso de todos los españoles a la propiedad de una vivienda digna, como consecuencia de la opción tradicional de nuestros poderes públicos por la perspectiva económica y mercantilista de la vivienda, en detrimento de su dimensión social<sup>(7)</sup>.

En este sentido, es posible pensar que el derecho a una vivienda digna y adecuada que proclama el artículo 47 de la CE ha sido tradicionalmente desatendido por la jurisdicción constitucional, tal y como apunta Ponce Solé, contribuyendo, así, a la consolidación de la referida percepción mercantilista, especialmente en los peores momentos de crisis social y económica<sup>(8)</sup>.

En cuanto a la configuración legislativa del derecho a la vivienda, debe significarse que son las Comunidades Autónomas las que disponen de competencia exclusiva en esta materia.

Es por ello, por lo que se analiza a continuación, el modo en que se ha producido la definición legislativa del derecho a la vivienda en la legislación autonómica vigente.

## 2.2 El derecho de acceso a la vivienda en la legislación autonómica

Tradicionalmente, la legislación autonómica reguladora el derecho de acceso a la vivienda no ha tenido como meta u objetivo su configuración como un derecho subjetivo, sino que han venido estableciendo requisitos y objetivos que contribuyen al acercamiento de la ciudadanía al acceso efectivo a una vivienda digna y adecuada, sin configurarse como

---

(6) En este sentido, se ha pronunciado RODRÍGUEZ LÓPEZ cuando afirma que «[...] la política económica incide sobre el mercado inmobiliario, en especial a través del tratamiento fiscal de la vivienda, de la normativa sobre alquiler y de la regulación financiera. Sobre los dos lados del mercado de la vivienda actúan las diferentes administraciones públicas (estatal, autonómica y local en el caso de España), que también pueden emplear instrumentos dispares. Resulta imprescindible que la política de vivienda establezca objetivos cuantitativos, ligados a los problemas efectivos que dicha política trata de resolver, entre los que figure la referencia a un número o proporción de hogares, y que pueda fijar un principio de coherencia entre las actuaciones de las diferentes administraciones públicas [...]». Véase en *El derecho a una vivienda digna*, en <https://www.uah.es/export/sites/uah/es/investigacion/galleries/Descargas-Catedra-de-Democracia-y-Derechos-Humanos/Vivienda-Digna.pdf> (última consulta, 29 de julio de 2024).

(7) PACHECO JIMÉNEZ, M. N., SALES PALLARÉS, L., «El derecho a la vivienda: del reconocimiento constitucional a la realización efectiva. Los cambios del siglo XXI». *Derecho privado y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 360. (349-398).

(8) PONCE SOLÉ, J. 2015, *Siete consideraciones sobre el derecho a la vivienda, la ciudad y las viviendas vacías: podemos hacer más (y mejor)*, en <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2015/03/20/siete-consideraciones-sobre-el-derecho-a-la-vivienda-la-ciudad-y-las-viviendas-vacias-podemos-hacer-mas-y-mejor-juli-ponce-sole/> (última consulta, 30 de julio de 2024).

un derecho subjetivo exigible ante las Administraciones Públicas y, en su caso, ante los Jueces y Tribunales<sup>(9)</sup>.

De este modo, la mayoría de las normas autonómicas conciben el derecho a una vivienda digna y adecuada como un derecho, no exigible, de acceso al cumplimiento de las condiciones y requisitos legalmente establecidos, que garantizan el acceso a la misma de los ciudadanos que los acrediten<sup>(10)</sup>.

Merece significarse, asimismo, que no todas las Comunidades Autónomas han abordado la regulación del derecho de acceso a la vivienda de manera directa, sino que ha sido frecuente la aprobación de normas de urgencia con rango de ley que tienen por objeto la ordenación de actuaciones urbanísticas, relacionadas con el suelo e, indirectamente, con la vivienda, sin profundizar en el contenido del derecho de acceso a la vivienda y, por lo tanto, sin que lleguen a desarrollar este principio rector de la política social y económica del artículo 47 de la CE<sup>(11)</sup>.

En cuanto se refiere a las Comunidades Autónomas que tienen aprobadas sus leyes de vivienda, su regulación se ha limitado, en la mayoría de los casos, al establecimiento de objetivos parciales relativos a las condiciones que deben acreditarse para hacer efectivo el derecho de acceso a la vivienda y, en algún caso, se prevén obligaciones para el establecimiento de dotaciones de vivienda como medida de promoción pública.

En particular, la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda en Cataluña, indica en su Exposición de Motivos su intención de plantear un cambio de enfoque en el tratamiento y delimitación del derecho de acceso a la vivienda, como punto de partida de un proceso de transformación estructural del mercado de la vivienda, de tal manera que se adapte con flexibilidad a las demandas de la sociedad<sup>(12)</sup>.

---

(9) En este sentido, PONCE SOLÉ entiende el derecho a la vivienda como un «[...] derecho subjetivo, en cuanto del artículo 47 se derivan claras obligaciones de medios (de hacer y de no hacer alguna cosa tanto, con intensidad distinta, para todos los poderes públicos como para los privados), entonces no existe dificultad alguna para sostener la existencia de un derecho subjetivo a la vivienda en la Constitución [...]. Véase en «El derecho a la vivienda. Nuevos desarrollos normativos y doctrinales y su reflejo en la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda». *El derecho a la vivienda en el siglo xx: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*. Marcial Pons. 2008, p. 83.

(10) En este sentido, se han pronunciado ÁVILA ORIVE, J. L., y ARNÁEZ ARCE, V. M., cuando afirman que «[...] en la medida en que esas condiciones son materializadas, producen la generación de situaciones jurídicas activas a favor de los ciudadanos, consistentes en objetos encadenados que, en algunos casos, desembocan en el acceso a la vivienda [...]». Véase en «Una aproximación al tratamiento legislativo del derecho a una vivienda digna y adecuada, después de tres décadas de reconocimiento constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87-88/2010, p. 205.

(11) ÁVILA ORIVE, J. L., y ARNÁEZ ARCE, V. M., «Una aproximación al tratamiento legislativo del derecho a una vivienda digna y adecuada, después de tres décadas de reconocimiento constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87-88/2010, *loc. Cit.*

(12) En este sentido, el artículo 1 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda en Cataluña define el derecho de acceso a la vivienda como «el derecho de toda persona a acceder a una vivienda digna que sea adecuada, en las distintas etapas de la vida de cada cual, a la situación familiar, económica y social y a la capacidad funcional». *BOE* núm. 50, de 27 de febrero de 2008.



En el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, la Ley 2/2007, de 1 de marzo, de vivienda de la Comunidad Autónoma de la Rioja, califica la vivienda como el objeto de un derecho constitucional y regula los mecanismos e instrumentos de intervención de los poderes públicos riojanos en materia de vivienda<sup>(13)</sup>.

Del mismo modo, la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del derecho a la vivienda en Navarra, establece el compromiso de los poderes públicos navarros para la incorporación de cuantas medidas sean necesarias para paliar «las dificultades económicas que para las unidades familiares con rentas más limitadas supone el acceso al mercado de la vivienda libre»<sup>(14)</sup>.

En idénticos términos, refleja la Ley valenciana de la vivienda, Ley 8/2004, de 20 de octubre, la referencia al derecho constitucional de la vivienda, cuando en su artículo primero establece como objetivo normativo el de «hacer efectivo el derecho constitucional al disfrute de una vivienda digna y adecuada, la protección para los adquirentes y usuarios, las medidas e fomento y de inclusión social, el régimen sancionador y las actuaciones administrativas en materia de vivienda, dotándolas de una marco normativo estable»<sup>(15)</sup>.

De forma similar, la Ley 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda de Extremadura<sup>(16)</sup> establece diversas medidas de promoción y fomento de las condiciones necesarias para garantizar el acceso de la ciudadanía a una vivienda digna y adecuada, en su doble vertiente: por un lado, y de acuerdo con su naturaleza social, como un bien necesario y, por otro, en relación con su naturaleza económica, como un bien de mercado.

Del mismo modo, la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia<sup>(17)</sup>, tiene por objeto el establecimiento de regulaciones orientadas a garantizar el acceso a la vivienda por quienes «realmente» lo necesiten, en un contexto normativo de respeto y realización de los principios de igualdad y transparencia, tanto para el acceso a la vivienda como a las ayudas públicas previstas al efecto. Ello, con la finalidad última de aportar seguridad jurídica al mercado inmobiliario y garantías a las personas adquirentes y usuarias de viviendas.

---

(13) Véase el artículo 1 de la Ley 2/2007, de 1 de marzo, de vivienda en la Comunidad Autónoma de La Rioja establece que esta norma «tiene por objeto desarrollar, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el derecho constitucional de todos los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, mediante la promoción de las condiciones necesarias y estableciendo la normativa pertinente para hacerlo efectivo». *BOE* núm. 76, de 29 de marzo de 2007.

(14) *BOE* núm. 132, de 31 de mayo de 2010.

(15) *BOE* núm. 281, de 22 de noviembre de 2004.

(16) *BOE* núm. 116, de 15 de mayo de 2019.

(17) *BOE* núm. 217, de 8 de septiembre de 2012.



En definitiva, el contenido de la legislación autonómica en esta materia ha tenido como objetivo y finalidad última la promoción de las condiciones necesarias para facilitar el acceso de la ciudadanía a determinados tipos de viviendas protegidas, estableciendo derechos que no tienen como tal objeto la vivienda, sino las condiciones, requisitos y otros contenidos relacionados que acercan a la ciudadanía al acceso efectivo a la vivienda<sup>(18)</sup>.

Se plantea así, un marco normativo en el que el derecho de acceso de la ciudadanía a la vivienda se concibe por la mayor parte de la legislación autonómica vigente y de aplicación como el derecho a las prestaciones del sector público que, una vez articuladas, le pueden permitir el disfrute de una vivienda digna y adecuada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la CE<sup>(19)</sup>.

En otras palabras, el contenido del derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada sería algo parecido al derecho, no exigible, a las condiciones adecuadas para que pueda producirse el efectivo acceso a la vivienda; condiciones que, una vez alcanzadas, originan situaciones jurídicas activas que pueden posibilitar el acceso a la vivienda.

No obstante, en este marco normativo autonómico destacan las Leyes Andaluza y Vasca de la vivienda por su singular regulación del derecho de acceso a la vivienda.

La norma pionera en este sentido fue la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía<sup>(20)</sup>, que en su artículo primero pone de manifiesto su objetivo de garantizar el derecho constitucional y estatutario a una vivienda digna y adecuada del que son titulares las personas físicas con vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma de Andalucía, en las condiciones que legalmente se establecen.

A renglón seguido, el apartado segundo del artículo 2 de la precitada ley Andaluza de la vivienda otorga un carácter finalista al derecho a la vivienda

---

(18) ÁVILA ORIVE, J. L., y ARNÁEZ ARCE, V. M., «Una aproximación al tratamiento legislativo del derecho a una vivienda digna y adecuada, después de tres décadas de reconocimiento constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87-88/2010, p. 209.

(19) En este sentido, se pronunció el profesor BASSOLS COMA en unas observaciones doctrinales realizadas con respecto del texto del artículo 47 de la CE y del modo en que se configuró en este precepto el derecho a la vivienda. Lo hizo, concretamente, en los siguientes términos: «[...] en unos casos dicho derecho o interés legítimo podrá consistir en la pretensión a la obtención de un préstamo o un subsidio para acceder a la compra o al alquiler de una vivienda; en una ayuda económica para rehabilitación; en el auxilio técnico para una cooperativa de viviendas o para un supuesto de autopromoción o autoconstrucción; en la efectividad de la obtención de una vivienda de las construidas por el Estado o Entes locales, por concurrir en el aspirante las condiciones preestablecidas; en promover la expropiación de una vivienda desocupada por incumplimiento de la función social de la propiedad [...]». Véase en BASSOLS COMA, M., *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, EDESA, Madrid, 1984, pp. 338-339.

(20) *BOE* núm. 77, de 30 de marzo de 2010.

cuando señala expresamente que este derecho «comporta la satisfacción de las necesidades habitacionales de sus titulares y de quienes con ellos convivan, de forma que se posibilite una vida independiente y autónoma y se favorezca el ejercicio de los derechos fundamentales».

Para lograr la efectividad del derecho de acceso a la vivienda, desligando las obligaciones económicas de la Administración de los medios individuales a disposición del titular del derecho para hacerlo efectivo, el Título V de la Ley Andaluza, en particular su artículo 21 establece textualmente que «la efectividad del derecho constitucional y estatutario a la una vivienda digna y adecuada se garantizará a través de los medios previstos en la presente ley». En particular, se reconoce la protección jurisdiccional del derecho de acceso a la vivienda en su artículo 24<sup>(21)</sup>.

Siguiendo el cambio normativo iniciado por la ley andaluza, la Ley del Parlamento Vasco 3/2015, de 18 de junio, de vivienda<sup>(22)</sup> proclama el derecho subjetivo a la vivienda en su artículo 7.1 cuando dispone que «todas las personas con vecindad administrativa en cualesquiera municipios de la Comunidad Autónoma de Euskadi tienen el derecho a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, definida con arreglo a los parámetros establecidos en el artículo 1 de esta ley».

A continuación, en sus artículos 8 y 9.1, respectivamente, establecen el derecho de acceso a la vivienda a todas las personas, familias o unidades convivenciales que no dispongan de un alojamiento estable ni adecuado, que tampoco cuentan con los recursos económicos necesarios para alcanzarlo y que, por consiguiente, se encuentran en riesgo de caer en situación de exclusión social<sup>(23)</sup>.

El legislador vasco configura expresamente este derecho como un auténtico derecho subjetivo que puede ser exigido ante los jueces y tribunales, cuando dispone en su artículo 6.2. que «las personas que con arreglo al artículo 9 de la presente norma legal y a las disposiciones que se dicten en su desarrollo, tengan derecho a acceder a la ocupación legal de una vivienda o alojamiento protegido podrán reclamar su cumplimiento ante

---

(21) Véase el tenor literal del artículo 24 de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, que señala expresamente que «las personas titulares del derecho que reúnan las condiciones establecidas en el artículo 5 de esta Ley podrán exigir de las Administraciones Públicas el cumplimiento de las obligaciones derivadas de su derecho a una vivienda digna y adecuada, en los términos establecidos en la presente Ley, mediante el ejercicio de las acciones que procedan de acuerdo con los procedimientos que establezcan las leyes procesales del Estado».

(22) BOE núm. 166, de 13 de julio de 2015.

(23) Véase la redacción literal del artículo 9.1 de la Ley vasca de la vivienda, en el que se dispone que «la satisfacción del derecho a la ocupación legal de una vivienda digna y adecuada podrá ser realizada por parte de las administraciones públicas vascas con competencia para ello mediante la puesta a disposición, en régimen de alquiler, de una vivienda protegida o de un alojamiento protegido, o incluso de una vivienda libre en caso de su disponibilidad por causa de programas de intermediación u otros, con la renta o el canon que corresponda en cada caso».

el departamento competente en materia de vivienda del Gobierno Vasco, y las resoluciones de esta administración serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

En definitiva, y tal como ha señalado Rodríguez Achútegui la ley vasca de la vivienda representa un avance normativo reseñable en la regulación del derecho de acceso a la vivienda, por disponer claramente quiénes son los titulares de este derecho subjetivo, cuál es el contenido con el que se accede al derecho a la vivienda o a la correspondiente ayuda económica para ejercerlo, identifica el sujeto obligado y garantiza su exigibilidad ante los tribunales<sup>(24)</sup>.

### 2.3 El derecho de acceso a la vivienda en la legislación estatal

Tal y como se ha puesto anteriormente de manifiesto, el artículo 47 de la CE impone a todos los poderes públicos el deber de proteger el derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada, así como de promover las condiciones necesarias que garanticen su disfrute. En cumplimiento de este deber y al amparo de diferentes títulos competenciales también atribuidos, se ha dictado la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la vivienda<sup>(25)</sup>.

Se trata de la primera ley estatal de la vivienda que nace, además, en un contexto de incipiente recuperación tras la crisis económica y financiera de la última década y la pandemia provocada por la COVID-19, como consecuencia de la una parte importante de la población aún continúa sufriendo consecuencias relacionadas bien con la pérdida de la vivienda, o bien, con las dificultades para ella en condiciones asequibles.

Debe significarse, no obstante, que, si bien es cierto que se trata de la primera ley estatal reguladora del derecho a la vivienda, también lo es que los poderes públicos del estado presentes y participado en diferentes políticas públicas en materia de vivienda, desde la aprobación de la Constitución hasta la fecha de entrada en vigor de la norma que se analiza.

En este sentido, y tal y como se recoge en el Preámbulo de la referida Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda, el Estado ha participado en la promoción del acceso a la vivienda a través de la asignación de fondos públicos mediante ayudas fiscales y la aprobación continuada y sistemática de Planes de Vivienda, que han desarrollado una

---

(24) RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., «Derecho a la vivienda: de principio rector a derecho subjetivo». *Revista Aranzadi Doctrinal*. núm. 8. 2015 p. 30.

(25) BOE núm. 124, de 25 de mayo de 2023.

política de vivienda basada durante décadas en tres aspectos: i) el fomento de la producción de un volumen creciente de viviendas; ii) la ocupación de suelo y el desarrollo urbanístico; iii) la apuesta por la propiedad como forma esencial de acceso a la vivienda.

El Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2013 supuso un punto de inflexión en la política de vivienda expansiva y alentadora de la propiedad, al comenzar un proceso de reorientación hacia la rehabilitación y el alquiler de la vivienda.

A continuación, el cambio en el planteamiento y orientación de la política estatal en materia de vivienda se materializa en el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se aprobó el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas<sup>(26)</sup>, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas 2013-2016 y en el Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, por el que se aprobó el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025<sup>(27)</sup>.

Pese a ello, continúan existiendo importantes desequilibrios entre la nueva construcción de viviendas y la actividad de rehabilitación y, de igual modo, entre la tenencia de vivienda en propiedad y en alquiler, insuficientes para atender a la necesidad de las personas que tienen mayores dificultades de acceso al mercado inmobiliario.

En lo que se refiere al régimen general de acceso a la vivienda que se analiza en este trabajo, la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la vivienda aborda una regulación que pretende homogeneizar los principales aspectos de las políticas (autonómicas y estatales) en materia de vivienda, poniéndolos en relación con otros derechos constitucionales y con la actividad económica general del país.

Y lo hace, desde una doble perspectiva: jurídico-pública, por una parte y jurídico-privada, por otra, identificando los siguientes objetivos principales:

- El establecimiento de una regulación básica de los derechos y deberes de los ciudadanos en relación con la vivienda, así como de los asociados a la propiedad de vivienda, aplicable a todo el territorio nacional.

- La promoción de medidas e instrumentos jurídicos que faciliten el «acceso a una vivienda digna y adecuada a las personas que tienen dificultades para acceder a una vivienda en condiciones de mercado, prestando especial atención a jóvenes y colectivos vulnerables y favoreciendo la existencia de una oferta a precios asequibles y adaptada a las realidades de los ámbitos urbanos y rurales».

---

(26) BOE núm. 86, de 10 de abril de 2013.

(27) BOE núm. 86, de 19 de enero de 2022.

- La dotación de instrumentos efectivos para asegurar la funcionalidad, la seguridad, la accesibilidad universal y la habitabilidad de las viviendas, protegiendo de este modo la dignidad y la salud de las personas que las habitan.
- La definición de los aspectos fundamentales de la planificación y programación estatales en materia de vivienda, con la intención última de promover el ejercicio del derecho constitucional de acceso a la vivienda en todo el territorio.
- El establecimiento del régimen jurídico básico de los parques públicos de vivienda, incluyendo su desarrollo, protección y promoviendo la eficiencia para dar cobertura a la demanda habitacional de los sectores de la población con mayores dificultades de acceso al mercado de la vivienda.
- El desarrollo de diversas tipologías de vivienda, teniendo en cuenta las distintas formas de convivencia y habitación existentes en la actualidad.
- La incorporación de información mínima necesaria, que contribuye a la seguridad y garantía de la ciudadanía, que redunde en su protección en el contexto de las operaciones de compra y arrendamiento de viviendas.

Tomando como punto de partida estos objetivos, se analiza, a continuación, su concreción en el texto articulado de la norma, en lo que constituye el régimen general de acceso a la vivienda, mediante su promoción pública y privada, así como los retos y oportunidades que esta opción del legislador representa para los poderes públicos.

### 3. RETOS Y OPORTUNIDADES DE LA LEY 12/2023, DE 24 DE MAYO POR EL DERECHO A LA VIVIENDA

#### 3.1 **El servicio objetivo al interés general en relación con el derecho de acceso a la vivienda**

El apartado primero del artículo 7 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda reconoce la función social de la vivienda, «atendiendo a la delimitación que el derecho a una vivienda digna y adecuada efectúa el artículo 47 de la Constitución Española, y considerando que la vivienda cumple una función social dado que constituye un bien destinado a satisfacer las necesidades básicas de alojamiento de las personas, familias y unidades de convivencia, corresponde a las administraciones públicas competentes velar por promover las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio efectivo del dicho derecho en condiciones asequibles y con especial atención a las familias, hogares y unidades de

convivencia con menores a cargo, a través del estatuto de los derechos y deberes asociados a la vivienda», en los términos que están previstos en los artículos 8 a 11 de esta norma legal.

Para conseguir la realización efectiva y la protección de esta denominada «función social de la vivienda», los poderes públicos, cada uno en el ámbito de sus respectivas competencias, tienen la obligación de promover y articular los mecanismos e instrumentos jurídicos que sean necesarios para garantizar el acceso a la vivienda, así como su adecuada protección, conservación, mejora y rehabilitación, cuando sea necesario (art. 7.2 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo).

Debe ponerse asimismo de manifiesto, que la propia ley estatal por el derecho a la vivienda establece en su artículo primero su objetivo de promover las condiciones normativas necesarias y regular, en el ámbito de sus competencias, las condiciones que sean necesarias para asegurar la igualdad de todas las personas en el ejercicio de su derechos relacionados con la vivienda, en general y, en particular, en lo que se refiere a la garantía de su derecho a acceder a una vivienda digna y adecuada, así como a su efectivo disfrute<sup>(28)</sup>.

Con la finalidad de garantiza el acceso a la vivienda, la ley 12/2023, de 24 de mayo vincula el ejercicio de tal derecho con lo que denomina «la función social de la vivienda», que incluye el deber de que ésta se destine al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, así como el de procurar su mantenimiento, conservación y rehabilitación, de acuerdo con las determinaciones y obligaciones establecidas a este respecto en los instrumentos de ordenación del territorio y planeamiento urbanístico, en cada caso vigentes y que resulten de aplicación.

Para ello, el artículo segundo de la referida norma legal, enumera los que considera que son los concretos fines y objetivos comunes a la acción de los diferentes poderes públicos que tienen competencias normativas y de ejecución en relación con la vivienda.

Concretamente, los siguientes, en relación con el acceso a la vivienda:

– La efectividad de los derechos de acceso en condiciones asequibles a una vivienda digna y adecuada de acuerdo con la Constitución Española y las recomendaciones de los instrumentos internacionales ratificados por España.

---

(28) Regulación que debe contextualizarse y respetar, por una parte, la competencia de las Comunidades Autónomas, que han asumido en sus respectivos Estatutos de Autonomía la competencia exclusiva en materia de vivienda y, por otra, el cumplimiento de lo dispuesto en los instrumentos internacionales ratificados por España. Así lo establece, de forma expresa, el artículo 1.1 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la vivienda, que es objeto de análisis y estudio en este trabajo.

- La promoción del uso y disfrute efectivo de la vivienda, en virtud del régimen legal de tenencia, así como su mantenimiento, conservación y, en su caso, conservación y mejora.

- El aseguramiento de la habitabilidad de las viviendas.

- El fomento de la colaboración interadministrativa, favoreciendo la coherencia y la transparencia en las actuaciones públicas de política de vivienda, así como la coordinación con las restantes políticas sectoriales y la garantía de la participación ciudadana y de las entidades representativas de la sociedad civil en el ámbito de la vivienda.

- La protección de la estabilidad y seguridad jurídica en la propiedad, uso y disfrute de la vivienda, con especial atención a las personas y hogares en situación o en riesgo de vulnerabilidad, y específicamente a las familias, hogares y unidades de convivencia con menores a cargo, a través de medidas efectivas en materia de vivienda y asegurando la debida coordinación con medidas complementarias de atención social, formación, empleo y otras medidas de acompañamiento.

- La promoción del desarrollo, gestión y mantenimiento de los parques públicos de vivienda para asegurar una oferta significativa y estable de viviendas dignas y adecuadas a los sectores sociales con mayores dificultades de acceso a una vivienda en el mercado, mediante la necesaria inversión en cada ejercicio presupuestario y atendiendo a las características y necesidades de todos los ámbitos territoriales, afectados por diferentes dinámicas de crecimiento o de pérdida de población.

- El impulso de la rehabilitación y mejora de las viviendas existentes, tanto en el parque privado como en los públicos, a través de programas y medidas en materia de sostenibilidad, eficiencia energética y utilización de energías renovables, habitabilidad, accesibilidad universalidad, conservación, mejora de la seguridad de la utilización y digitalización, favoreciendo enfoques integrales y contemplando de forma específica las características de la vivienda en el medio rural.

- El fomento de la existencia de una oferta suficiente y adecuada de vivienda en alquiler a precios asequibles, con especial atención a las personas jóvenes y hogares en situación de riesgo o vulnerabilidad, habilitando mecanismos efectivos de regulación y uso del suelo, y desarrollando medidas e instrumentos de programación y planificación que permitan atender las necesidades reales de los demandantes y favorezcan la cohesión social y territorial.

- El apoyo a la existencia de parques sociales de vivienda de entidades del tercer sector, que sean complementarios a los parques públicos de vivienda y amplíen la oferta de alojamiento y vivienda destinada a colectivos y hogares vulnerables, con especial atención a familias, hogares y unidades de convivencia con menores a su cargo.





- La procura de la máxima eficiencia en la gestión de los recursos disponibles para favorecer el acceso a una vivienda digna y adecuada, fomentando, en su caso, las fórmulas de colaboración público-privada.

- La protección de los derechos básicos y los intereses legítimos en las operaciones de compra y arrendamiento de vivienda, delimitando responsabilidades y asegurando el acceso a la información suficiente y adecuada.

- La eliminación de cualquier tipo de discriminación, por cualquier razón, en el acceso a una vivienda y su disfrute, asegurando la integración, inclusión y cohesión social y territorial en las actuaciones y medidas de política de vivienda.

- El impulso de la accesibilidad universal en el parque de vivienda, asegurando su efectividad en las nuevas viviendas y adoptando medidas para solventar las necesidades sobrevenidas en el parque de viviendas preexistente.

- La adopción de las medidas que permitan identificar y prevenir la retención especulativa, la segregación residencial, los procesos de sobreocupación, la exclusión residencial grave como el chabolismo o el sinhogarismo y la degradación de las condiciones del parque de viviendas existente y de su entorno, para permitir el desarrollo de su función residencial y la mejora de la calidad de vida.

- La garantía de la igualdad, desde la perspectiva de género, edad, capacidad, así como desde el punto de vista territorial, en todas las políticas de vivienda, a todos los niveles y en todas sus fases: planificación, ejecución y evaluación.

- El uso responsable de los recursos públicos suficientes para cumplir los objetivos de la política de vivienda por parte de las Administraciones competentes y aplicar criterios de corresponsabilidad de los ocupantes de las viviendas en la gestión del parque público.

- La priorización de la atención e información a las familias, hogares y unidades de convivencia con menores a cargo que, por encontrarse en situación de pobreza, exclusión social u otras formas de vulnerabilidad, deben ser objeto de especial protección.

- La atención en las políticas de vivienda a los desequilibrios territoriales, tanto en ámbito urbanos y metropolitanos como en entornos rurales, que pueden estar más afectados por la despoblación.

- El fomento de la transparencia y la garantía de la participación en el desarrollo de las políticas de vivienda de los agentes que intervienen en el mercado inmobiliario, particularmente de los promotores sociales de vivienda, de las asociaciones ciudadanas de defensa del derecho a la vivienda, de las asociaciones de arrendatarios y de propietarios, de administradores de fincas y de los agentes inmobiliarios.



- El impulso de la economía social, potenciando la participación de las entidades de carácter social y asistencial en el ámbito de la vivienda.

Todos estos objetivos tienen naturaleza, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 12/2013, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda, de servicios de interés, en cuanto se trata de elementos esenciales para la cohesión económica, social y territorial, que podrán ser ejecutados de forma directa por las Administraciones públicas o sus entes instrumentales o dependientes, o bien, realizarse a través de los acuerdos con los propietarios, con las entidades del tercer sector y de la economía social que estén legalmente constituidas o a través de fórmulas de colaboración público-privada<sup>(29)</sup>.

Para alcanzarlos y asegurar su garantía legítima a toda la ciudadanía, las Administraciones y entidades del sector público están obligadas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, a ejecutar cualquier medida de, limitación y control que garantice la protección del principio de igualdad y no discriminación en el ejercicio del derecho de acceso a la vivienda, interviniendo ante toda situación de discriminación, directa o indirecta, acoso inmobiliario y en las situaciones en las que se acredite que se están realizando operaciones de venta, arrendamiento o cesión por cualquier título de una infravivienda o de una vivienda que esté sobreocupada, o bien se trata de cualquier otra forma de alojamiento ilegal.

Tras una primera aproximación a los aspectos esenciales del régimen de acceso a la vivienda regulado en la Ley estatal 12/2023, de 24 de por el Derecho a la vivienda, se analizan, a continuación, las previsiones de esta norma relativas a los instrumentos jurídicos establecidos para la promoción pública y privada de viviendas, en el ámbito de las competencias estatales.

---

(29) Véase, el apartado primero del artículo 4 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, cuando señala que «a los efectos de la orientación de la financiación pública, tienen la consideración de servicios de interés general, como elementos clave de la cohesión económica, social y territorial, los determinados por las administraciones competentes en la materia, y en el ámbito de competencia estatal o de colaboración del Estado con las demás administraciones: a) el desarrollo de las actuaciones necesarias para la creación, ampliación, conservación y mejora del parque público de vivienda, por parte de las Administraciones públicas competentes y sus entes instrumentales o dependientes, así como su gestión para asegurar su utilización efectiva en condiciones asequibles, tal y como se definen en el artículo anterior o en la normativa autonómica correspondientes; b) las actividades, públicas o privadas, cuyo fin sea la construcción o rehabilitación de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública que fije un precio máximo de venta y alquiler, con destino a las personas u hogares que reúnan los requisitos preestablecidos en base a criterios objetivos que definan su situación económica y social; c) el desarrollo de las actuaciones necesarias por parte de las Administraciones públicas competentes y sus entes instrumentales o dependientes, encaminadas a promover la mejora de las condiciones de habitabilidad, de accesibilidad o de eficiencia energética de los edificios de viviendas, de titularidad pública y privada».

### 3.2 **La promoción pública de viviendas en la Ley 12/2023, de 24 de mayo**

El título Segundo de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, en sus artículos 12 a 26, regula la acción pública relacionada con el acceso a la vivienda, desde los principios generales que han de regir la actuación del sector público estatal, hasta las medidas de planificación y programación a través de las que se materializará su concreta intervención.

En este sentido, y con la intención de garantizar desde la intervención pública el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, el artículo 12 de la precitada Ley 12/2023, de 24 de mayo atribuye a los poderes públicos del estado la potestad administrativa de planificación, con su correspondiente financiación.

El ejercicio de esta potestad planificadora, en su contenido y a través de los diferentes planes y programas en los que se concrete, deberá proteger y atender de manera prioritaria y preferente a las necesidades y la atención a los colectivos, personas y familias con mayores dificultades de acceso a la vivienda, o que se encuentren o puedan encontrarse en situaciones de riesgo de exclusión residencial y, especialmente, a las familias, hogares y unidades de convivencia que tengan menores a su cargo.

En particular, se pueden distinguir las tres siguientes medidas de planificación, como instrumentos a través de los que se manifiesta la intervención administrativa del sector público estatal para la promoción pública del derecho de acceso a la vivienda: a) la ordenación del territorio y el planeamiento urbanístico; b) la declaración de zonas de mercado residencial tensionado y, por último, c) la aprobación de planes estatales de vivienda.

#### a) *La ordenación del territorio y el planeamiento urbanístico*

En cuanto se refiere a la ordenación del territorio y el planeamiento urbanístico, el artículo 15 de la vigente Ley por el derecho a la vivienda los define como potestades administrativas, con cuyo ejercicio se garantiza la efectividad de las condiciones básicas de igualdad para su ejercicio, de acuerdo con el marco normativo establecido en el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana<sup>(30)</sup>, en el que se establecen los criterios básicos para el desarrollo de políticas públicas

---

(30) Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana., BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

que permitan ampliar la oferta de vivienda social y/o dotacional que promueva la cohesión social y atienda, en lo posible, a las necesidades de la realidad social y económica de los hogares residentes de una manera digna y sostenible.

Téngase en cuenta en este sentido, que la ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste.

De esta forma, la ordenación del territorio y el planeamiento urbanístico, a través de los diferentes planes, proyectos y programas en que se concretan, constituyen el marco jurídico general conformado por normas, programas, directrices y planes, que orientan y regulan las actuaciones y procesos de asentamiento sobre el territorio, integrador y coordinador de las políticas públicas con incidencia en el territorio entendido como espacio físico como las políticas públicas en materia de vivienda, entre otras.

#### b) *La declaración de zonas de mercado residencial tensionado*

El artículo 18 de la Ley por el Derecho a la vivienda faculta a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda para que declaren zonas de mercado residencial tensionado, de acuerdo con los criterios y procedimientos establecidos en su normativa reguladora y en el ámbito de sus respectivas competencias.

La finalidad legalmente prevista para la referida declaración de zonas de mercado residencial tensionado consiste en la habilitación para la implementación de actuaciones públicas en materia de vivienda en todos los ámbitos territoriales en los que exista un riesgo acreditado de oferta insuficiente de viviendas para la población, en condiciones que sean asequibles de acuerdo con la situación del mercado de vivienda y con las necesidades del territorio.

De acuerdo con lo que establece el apartado segundo del precitado artículo 18 de la Ley por el Derecho a la Vivienda, la declaración de zona de mercado residencia tensionado se tramita a través de un procedimiento administrativo que se inicia con un trámite preparatorio previo que tiene por objeto el acopio de información acerca de la situación del mercado residencial en la zona. A continuación, se debe abrir un trámite de información pública en el que se pondrá a disposición de la ciudadanía la documentación en que se basa tal declaración, entre la se incluyen los estudios de distribución espacial de la población y hogares, su estructura y dinámica, así como la zonificación teniendo en cuenta la oferta, los precios y la tipología de vivienda,

junto con cualquier otro estudio o informe en el que se pongan de relieve posibles desequilibrios o procesos de segregación social y espacial.

El procedimiento de declaración de zona de mercado residencial tensionado finaliza mediante una resolución administrativa dictada por la Administración Pública competente en materia de vivienda y que, desde el punto de vista sustantivo o material debe motivarse a partir de la acreditación de las deficiencias o insuficiencias del mercado de la vivienda en la zona, tanto en la modalidad libre como en la de promoción pública.

La declaración de zona de mercado residencial tensionado tendrá una vigencia de tres años, siendo posible su prórroga anual a través del mismo procedimiento y siempre y cuando se acredite la subsistencia de las circunstancias que la motivaron en su origen.

Debe significarse, además, que la declaración de un ámbito territorial como zona de mercado residencial tensionado implica la obligación por parte de la Administración competente de redactar un plan específico en el que se determinen las medidas correctoras que se consideren precisas y necesarias para solucionar los desequilibrios que pone en evidencia la propia declaración.

Por su parte, y de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 18 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la vivienda, el Departamento Ministerial que tenga atribuidas competencias en materia de vivienda podrá desarrollar un programa específico para las zonas de mercado residencial tensionado que se hayan declarado, en coordinación y de acuerdo con la Administración territorial competente.

### c) *La aprobación de planes estatales de vivienda*

La Administración General del Estado, en colaboración con las demás Administraciones territoriales, podrá ejercer su potestad administrativa de planificación y programación con la finalidad de garantizar el derecho constitucional de la ciudadanía a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, teniendo en cuenta la realidad económica, financiera y social, promoviendo la cohesión social y la lucha contra la despoblación de determinados núcleos de población<sup>(31)</sup>.

---

(31) Véase el artículo 23.1 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la vivienda, cuando afirma que «La Administración General del Estado contribuirá, en colaboración con las demás Administraciones Públicas en cualquiera de las formas admitidas por la legislación reguladora del régimen del sector público, a garantizar el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna y adecuada mediante los instrumentos de política fiscal, económica, social y de planificación o de programación de su competencia, atendiendo a la realidad económica, financiera y social, a favor de la cohesión territorial y la lucha contra la despoblación».

Para ello, el artículo 23 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, cuyo análisis nos ocupa, en su artículo 2 se refiere de manera expresa a los instrumentos de planificación y programación de la Administración General del Estado como instrumentos jurídicos con los que formalizar su apoyo a las Administraciones territoriales competentes en la ejecución de las políticas de vivienda que, «[...] previo análisis y determinación de las necesidades, aseguren la existencia de una oferta suficiente y adecuada de vivienda en condiciones asequibles, fomentando la utilización racional del suelo y propiciando la ocupación eficiente del parque residencial, y asegurando que tales instrumentos cuenten con una adecuada dotación presupuestaria[...]».

En este sentido, el precitado artículo 23.2 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo identifica fines y objetivos concretos, que deben ser no solo tenidos en cuenta, sino impulsados y fomentados por los planes y programas estatales que se aprueben en materia de vivienda.

Concretamente, los tres siguientes:

En primer lugar, la rehabilitación y la mejora de las viviendas existentes, junto con la promoción de viviendas que vayan a integrarse en la formación de los denominados «parques públicos de vivienda».

En segundo lugar, la promoción de viviendas que se adapten a las demandas y necesidades sociales y económicas de la población.

Y, en tercer y último lugar, la previsión de una adecuada dotación de programas de ayuda que estén dirigidos de forma específica a las personas y hogares que tengan mayores dificultades para acceder a una vivienda, prestando especial atención a las personas jóvenes y hogares expuestos a mayor vulnerabilidad y a las familias, hogares y unidades convivenciales que tengan menores a su cargo.

En este sentido, los principales instrumentos de actuación del Estado en materia de política de vivienda son los denominados «planes estatales en materia de vivienda y rehabilitación, regeneración y renovación urbana y rural» previstos en el artículo 24 de la Ley 13/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda. Estos planes, de manera coordinada con el conjunto de estrategias estatales y políticas públicas sectoriales vincularán la política de vivienda con medidas fiscales y de financiación que se desarrollen y aprueben con el fin de promover la puesta a disposición de la población de viviendas dignas y a precios asequibles.

Todas estas medidas de promoción y fomento tienen como objetivo último favorecer el acceso a la vivienda de la ciudadanía y mejorar la calidad del parque residencial existente. Para ello, y de acuerdo con lo señalado en el artículo 24 de la Ley por el Derecho a la Vivienda que se analiza, los planes estatales en materia de vivienda y rehabilitación,

regeneración y renovación urbana y rural tendrán como actuaciones prioritarias las siguientes:

«[...]

a) Las que fomenten la ocupación racional y eficiente del patrimonio residencial.

b) La conservación, el mantenimiento, la rehabilitación y la mejora de las viviendas que estén destinadas o vayan a destinarse a residencia habitual, así como la regeneración y renovación de su entorno construido, favoreciendo enfoques integrales que garanticen la accesibilidad universal.

c) Las actuaciones necesarias para la creación, ampliación y gestión de los parques públicos de vivienda, tanto derivadas de la nueva construcción como de la rehabilitación, orientados prioritariamente a atender la necesidad de vivienda de las personas, familias y unidades de convivencia en situación de mayor vulnerabilidad social y económica.

d) La construcción y rehabilitación de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública.

e) La promoción de nuevas modalidades de vivienda y de desarrollo urbano y rural que se adapten al las necesidades sociales, así como las actuaciones destinadas a favorecer el acceso de la ciudadanía a una vivienda sometida a algún régimen de protección pública, incluyendo instrumentos financieros que promuevan mecanismos público-privados.

f) Actuaciones encaminadas a favorecer el acceso a la vivienda por parte de jóvenes, así como a garantizar una vivienda digna y adecuada para personas en situación de mayor vulnerabilidad social, chabolismo, infravivienda o en emergencia habitacional.

[...]».

### 3.3 La colaboración público-privada y el fondo de vivienda asequible

En el contexto global actual en el que nos vemos inmersos, la situación del mercado laboral y el acceso a la vivienda destacan entre las principales preocupaciones de la ciudadanía y como los retos y objetivos más importantes de la gestión pública actual.

En el ámbito de la vivienda que nos ocupa, esta situación requiere, a nuestro entender, que tanto las Administraciones y demás entidades del sector público como los agentes económicos privados aúnen sus esfuerzos en torno a la gestión de la política de vivienda de tal forma y manera que se establezcan medidas de fomento y promoción pública en coordinación con la iniciativa privada con el objetivo de garantizar el derecho de acceso a la misma.



Merece significarse a tal efecto, la colaboración público-privada en la puesta a disposición de la ciudadanía de viviendas a precios asequibles, a través de mecanismos de trabajo conjuntos entre las Administraciones Públicas y las principales asociaciones de entidades privadas gestoras de vivienda y las entidades del tercer sector, contribuyendo a la función social de la vivienda.

De esta forma, el apartado segundo del artículo 25 de la Ley 13/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la vivienda, pone de relieve el modo en que estas fórmulas de colaboración público-privadas pueden impulsar y contribuir a la conformación y ampliación de lo que la ley denomina «fondos de vivienda asequible» de titularidad privada y, al mismo tiempo, al fortalecimiento de los parques públicos de vivienda.

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del precitado artículo 25 de la Ley 13/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la vivienda, el objetivo del fondo de vivienda asequible consiste en la previsión de un nuevo instrumento a disposición de las Administraciones territoriales en el ejercicio de sus competencias en materia de vivienda mediante la creación de un parque de vivienda asequible e incentivada, o de vivienda social, especialmente en aquellos ámbitos en los que se ha roto el equilibrio entre la oferta y la demanda de vivienda de alquiler.

Ello, atendiendo a la realización de los objetivos específicos que se enumeran en el apartado 24.4 del referido precepto legal.

Concretamente, los tres siguientes:

«[...]»

a) Dar respuesta y acompañamiento, en coordinación con los servicios sociales y entidades del tercer sector, a las personas y familias con menos recursos, evitando desahucios en situaciones de vulnerabilidad y estableciendo protocolos de colaboración entre las Administraciones Públicas y las entidades privadas gestoras de vivienda.

b) Incrementar el parque de vivienda social y asequible, especialmente en zonas de mercado residencial tensionado.

c) Promover el compromiso de destinar un porcentaje mínimo de su parque a vivienda social o asequible.

[...]».

En definitiva, las colaboración público-privada, el fondo de vivienda asequible, junto con los parques públicos de vivienda comparten la finalidad de promover y contribuir al buen funcionamiento del mercado de la vivienda, como instrumentos al servicio de las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda y hacer efectivo el derecho a una vivienda digna y adecuada de los sectores de la población que se



encuentran en las condiciones menos favorables para poder acceder al mercado de la vivienda, en especial las personas jóvenes y los colectivos más vulnerables.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

El derecho de acceso a la vivienda tiene, sin duda, una importancia y un reconocimiento acreditado como factor de integración social y desarrollo personal que más allá de su valor programático o declarativo merece ser reconocido y configurado como una auténtico derecho subjetivo, a partir del establecimiento legislativo de unas bases o requisitos mínimos que identifiquen tanto a sus titulares como las condiciones exigibles para su efectivo ejercicio, en el contexto de un contexto social y económica cambiante como el que vivimos.

Tal y como se ha puesto de manifiesto en los apartados anteriores, durante los últimos años se han sucedido los esfuerzos de los poderes públicos por garantizar la provisión de viviendas a la población, especialmente destinadas a los colectivos más desfavorecidos, que no pueden acceder a una vivienda en el mercado libre y en el marco de un contexto normativo limitado a reproducir la literalidad del artículo 47 de la CE que proclama el denominado derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, a pesar de las dificultades realmente existentes para su efectivo ejercicio.

En este sentido, puede entenderse que la transformación de este principio rector de la política social y económica en un auténtico derecho subjetivo se está produciendo de una manera paulatina en nuestro ordenamiento jurídico.

Es decir, el derecho a una vivienda digna y adecuada se podría entender como un derecho «no exigible» a las condiciones adecuadas para que pueda garantizar el acceso efectivo de la ciudadanía a la vivienda, de tal forma y manera que siempre que se cumplan los requisitos y condiciones establecidas por las normas vigentes y de aplicación, se generan situaciones jurídicas activas a favor de la ciudadanía, con un carácter instrumental y que, en algunos casos, contribuyen a la efectividad del acceso a la vivienda.

Debe ponerse de manifiesto, asimismo, que normas como la Ley 13/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la vivienda evidencian la intensificación de los esfuerzos de los poderes públicos por el fomento y la promoción del acceso a la vivienda de las personas y colectivos que tienen mayores dificultades para acceder al mercado libre de vivienda.

En este sentido, resulta necesario mejorar la efectividad de las condiciones para el ejercicio del derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada y consolidar el avance significativo que supone la definición de tal derecho a través de la técnica del derecho subjetivo, ampliando así su ámbito de reconocimiento progresivo.

Así, el objeto de los derechos regulados y configurados por el legislador, autonómico y estatal, deja de ser la vivienda en sí misma para incluir aspectos que van acercando a la ciudadanía al acceso efectivo a la vivienda.

A la vista de esto, es posible llegar a la conclusión de que el derecho a una vivienda digna y adecuada, en la medida que se materializan las condiciones en que puede ejercerse, produce la generación de situaciones jurídicas activas a favor de la ciudadanía, de carácter instrumental y/o procedimental, que constituyen objetos anudados que, en ocasiones, desembocan en el efectivo derecho de acceso a la vivienda.

Resulta innegable la importancia que se reconoce a la vivienda como factor de integración social y desarrollo personal, toda vez que está en juego el valor que paulatinamente le vayan atribuyendo las legislaciones estatales y autonómicas al derecho de acceso a la vivienda como un derecho subjetivo y, por lo tanto, exigible ante los órganos jurisdiccionales, a partir de unas bases mínimas y un contexto normativo como el que establece la vigente ley estatal por el derecho a la vivienda que se analiza en este trabajo y, teniendo en cuenta el contexto socioeconómico cambiante.

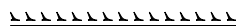
## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ÁVILA ORIVE, J. L., ARNÁEZ ARCE, V. M., «Una aproximación al tratamiento legislativo del derecho a una vivienda digna y adecuada, después de tres décadas de reconocimiento constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87-88/2010, pp. 199-224.
- BASSOLS COMA, M., *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*. EDERSA. Madrid. 1984.
- COBREROS MENDAZONA, E., «Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado». *Revista Vasca de Administración Pública*. núm. 19. 1987. pp. 27-60.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas. Madrid. 1992.
- PONCE SOLÉ, J., «El derecho a la vivienda. Nuevos desarrollos normativos y doctrinales y su reflejo en la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda». *El derecho a la vivienda en el siglo XX: sus relaciones con la ordenación territorial y el urbanismo*. Marcial Pons. Barcelona. 2008. 80-102.

A. RÉGIMEN GENERAL: PROMOCIÓN PÚBLICA Y PRIVADA

PONCE SOLÉ, J., «Un panorama general de las novedades jurídicas de la ley estatal 13/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la vivienda». *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. núm. 365-366, 2023. pp. 27-52.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., «Derecho a la vivienda: de principio rector a derecho subjetivo». *Revista Aranzadi Doctrinal*. núm. 8. 2015 pp. 22-33.



## **B Adquisición del promotor y autopromoción individual**

**Adela Serra Rodríguez**

*Catedrática de Derecho civil*

*Universitat de València*

*ORCID: 0000-0002-4918-159X*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La adquisición del promotor. 2.1 La figura del promotor inmobiliario en la Ley de Ordenación de la Edificación. 2.2 El adquirente del inmueble. 3. Forma y perfección del contrato. 4. El deber de entrega de la vivienda por el promotor. 4.1 El retraso en la entrega y la resolución del contrato. 4.2 La entrega de la vivienda y la falta de licencia de primera ocupación. 4.3 La adecuación de la vivienda al proyecto de edificación. 5. Cuestiones relativas a las obligaciones del adquirente. 5.1 El retraso en el pago del precio y la resolución del contrato. 5.2 La subrogación del adquirente en el préstamo del promotor. 5.3 La aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» ante la imposibilidad de obtener financiación. 6. Autopromoción individual. 6.1 Caracteres. 6.2 El autopromotor como comitente y consumidor. 6.3 La exención del autopromotor individual de la obligación de asegurar la responsabilidad decenal. 7. Bibliografía.



## 1. INTRODUCCIÓN

Antes de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE) no existía una regulación estatal con carácter general de la figura del promotor, sino que había sido principalmente la jurisprudencia la que se había aproximado a su concepto, al resolver los conflictos suscitados a la luz del artículo 1591 CC, esto es, en casos de responsabilidad por vicios ruinógenos<sup>(1)</sup>, si bien ya existían referencias en diversas normas sectoriales que lo contemplaban<sup>(2)</sup>, así como en alguna normativa autonómica<sup>(3)</sup>.

## 2. LA ADQUISICIÓN DEL PROMOTOR

### 2.1 La figura del promotor inmobiliario en la Ley de Ordenación de la Edificación

A tenor del artículo 9.1 LOE merece la calificación de promotor inmobiliario «la persona física o jurídica, pública o privada, que individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros por cualquier título», y el artículo 17.4 LOE prevé que la responsabilidad en ella prevista «se extenderá a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas».

Con base en la interpretación jurisprudencial del círculo de responsables «ex» artículo 1591 CC y teniendo en cuenta la actual regulación

---

(1) Vid. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.<sup>a</sup> T., *La figura del promotor en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 15-19 y 41 ss.

(2) Así, por ejemplo, la legislación sobre vivienda de protección oficial (arts. 7 y 8 RD 2960/1976, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el TR de la Legislación sobre VPO; artículo 22 Decreto 2114/1978, que lo desarrolla; artículo 2 Real Decreto Legislativo 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de vivienda de protección oficial) o la legislación urbanística. La derogada Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas se refería a las «personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial» (art. 1) y el Decreto 3114/1968, aplicaba los principios de aquella a las comunidades y cooperativas de viviendas.

(3) Artículo 3 de la Ley 24/1991, de 29 de noviembre, de Vivienda de Cataluña, que, según MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.<sup>a</sup> T., *op. cit.*, p. 43, inspiró la regulación de la LOE o el artículo 15 de la Ley 2/1999, de 17 de marzo, de Medidas para la Calidad de la Edificación.

–LOE– que prevé la responsabilidad del promotor «en todo caso», como garante frente a los adquirentes, la doctrina ha considerado dentro del concepto de promotor, con independencia de que la actividad se realice con o sin ánimo de lucro o de si es o no dueño del suelo al:

a) Promotor-constructor: sujeto titular de derecho sobre el suelo que construye por sí mismo, para ceder lo construido a terceros, participando, por tanto, en la ejecución<sup>(4)</sup>.

b) Promotor-vendedor: es el sujeto que adopta las decisiones sobre el proceso de edificación, contratando, como comitente, su ejecución con el contratista, financiándola directa o indirectamente para posteriormente enajenar el resultado de la obra a terceros adquirentes. En relación con la responsabilidad por vicios ruinógenos la jurisprudencia lo ha equiparado al «contratista» del artículo 1591 CC, ya que, como vendedor, está obligado a entregar la cosa en condiciones para servir para el uso al que se la destina, haciendo suyos los trabajos ajenos realizados por personas a las que ha elegido y confiado, y los enajena a los adquirentes de los pisos<sup>(5)</sup>.

c) Promotor-gestor: es el sujeto que interviene decisoriamente en el proceso edificatorio por cuenta de los propietarios<sup>(6)</sup>, como los gestores de cooperativas y de comunidades de propietarios, aun cuando las viviendas no estén destinadas al tráfico, sino a los socios cooperativistas o a los comuneros. No es promotor, en cambio, la persona que actúa como simple mandatario del comitente o dueño de la obra, llevando a cabo una serie de actividades si no tiene la iniciativa en el proceso constructivo.

Por último, el artículo 9.1 LOE incluye en el concepto de promotor al que interviene en el proceso constructivo para sí, cuestión que se abordará «infra» en el apartado dedicado a la autopromoción individual.

En suma, lo decisivo del concepto de promotor es que «tiene una eficaz intervención en todo el hacer edificativo»<sup>(7)</sup>, asumiendo su

---

(4) CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.<sup>a</sup> C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 7.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 429; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.<sup>a</sup> T., *op. cit.*, p. 47.

(5) Comprenden al promotor vendedor «en el espacio jurídico del artículo 1591» en tanto que «queda obligado a cumplir exacta y debidamente lo que para él construyen los profesionales que contrata, es decir, sin vicios ni imperfecciones y si se ocasionan ruinógenos su responsabilidad se prolonga y alcanza a responder de los defectos, juntamente con los demás como causantes directos», entre otras, SSTs 15 octubre 1996 (RJ 1996, 7111), 12 marzo 1999 (RJ 1999, 2375), 10 noviembre 1999 (RJ 1999, 8862), 21 febrero 2000 (RJ 2000, 752), 8 octubre 2001 (RJ 2001, 7549), 13 mayo 2002 (RJ 2002, 5705) y 26 junio 2008 (RJ 2008, 4272).

(6) Por ello, entre los promotores-gestores cabe incluir al *project manager*, como subrayan CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.<sup>a</sup> C., *op. cit.*, p. 430.

(7) SSTs 21 febrero 2000 (RJ 2000, 752), 16 diciembre 2004 (RJ 2005, 272), 23 mayo 2005 (RJ 2005, 6362).

control, concibiendo la operación, organizándola, coordinándola desde el punto de vista jurídico, técnico, administrativo y financiero<sup>(8)</sup>. Es indiferente que se trate de una persona privada o pública, ya que, según el artículo 1.3 LOE las Administraciones Públicas, los organismos y entidades, pueden actuar como agentes de la edificación y, por tanto, como promotores, quedando entonces sujetas a la legislación de contratos del sector público y en lo no contemplado en ella por las disposiciones de la LOE, a excepción de lo dispuesto sobre las garantías de suscripción obligatoria<sup>(9)</sup>.

## 2.2 El adquirente del inmueble

En el régimen de responsabilidad previsto en los artículos 17 y 18 LOE la legitimación activa se predica del propietario de la edificación, con independencia de la relación jurídica que le una con el agente responsable, en particular, con el promotor<sup>(10)</sup>.

Sin embargo, la calificación de la relación que les una sí será relevante para exigir responsabilidad por otros daños no cubiertos por el artículo 17 LOE –que se limita a los «daños materiales causados en el edificio»–, tales como el lucro cesante, el daño a otros bienes distintos del edificio, los daños personales o morales, como se desprende de los apartados 1 y 9 del propio precepto. En tal sentido, el artículo 17.1 LOE deja a salvo la responsabilidad contractual –«Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales...»–, al igual que hace el artículo 18.1 *in fine* LOE que, respecto al plazo de prescripción de las acciones para exigir responsabilidad, establece «sin perjuicio de las acciones que

---

(8) MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.<sup>a</sup> T., *op. cit.*, p. 50; PACHECO JIMÉNEZ, M.<sup>a</sup> N., «Responsabilidad por vicios constructivos de habitabilidad y responsabilidad por incumplimiento contractual: los ámbitos de aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación y el Código Civil. Comentario a la STS de 2 de febrero de 2018 (RJ 2018, 337)», BIB 2018/13312, p. 7.

(9) En el caso de que la Administración sea comitente en virtud de un contrato administrativo de obras el régimen de responsabilidad por ruina se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (art. 244) y no cabrá la aplicación supletoria de la LOE. En tal sentido, en relación con la legislación anterior CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.<sup>a</sup> C., *op. cit.*, p. 403. El artículo 244 LCSP prevé la responsabilidad del contratista por los daños que se manifiesten durante un plazo de quince años desde la recepción de la obra «si esta se arruina o sufre deterioros graves incompatibles con su función con posterioridad a la expiración del plazo de garantía por vicios ocultos de la construcción, debido a un incumplimiento por parte del contrato». La acción para exigir responsabilidad prescribe a los dos años desde que se produzcan o manifiesten dichos daños, «sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidad por incumplimiento contractual».

(10) Se trata de una responsabilidad legal, que será contractual si entre el propietario y el agente media un contrato y extracontractual si no es así. Así, CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.<sup>a</sup> C., *op. cit.*, p. 399.

puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual». Compatibilidad de acciones que, de otra parte, ha sido confirmada por la jurisprudencia<sup>(11)</sup>.

Por ello, el adquirente tiene frente al promotor-vendedor las acciones que, en sede de compraventa, le reconocen los artículos 1484 y siguientes del CC, así como las derivadas del régimen general del incumplimiento contractual (arts. 1101 y ss. y 1124 CC)<sup>(12)</sup>. Cuando la relación que medie entre el adquirente (comitente) y el promotor –en este caso, constructor– sea la de un contrato de obra, el régimen de responsabilidad será el del artículo 17 LOE para los daños materiales por él cubiertos, por vicios o defectos comprendidos en su apartado 1 y para las obras a las que se refiere su artículo 2.2. Para los daños no cubiertos o por defectos constructivos no incluidos en la LOE o incumplimientos no previstos en ella (como el retraso en la entrega o no terminación de la obra o no ajuste a las condiciones pactadas) o que resulten de obras distintas de las previstas en el artículo 2.2 LOE habrá que acudir al régimen contractual, que será el de los artículos 1101 y ss. y 1124 CC, pudiendo exigir el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato, tratándose de un incumplimiento cualificado, junto con indemnización de daños. Por ello, cabe distinguir entre la responsabilidad por vicios ruínógenos o constructivos regulados en el artículo 17 LOE, para los daños materiales causados en el edificio, y la derivada del incumplimiento contractual de promotor para con los adquirentes<sup>(13)</sup>. Cuando no medie relación contractual entre el promotor y el adquirente de la vivienda, y para los supuestos de daños no cubiertos por el artículo 17 LOE, como los producidos a las personas o bienes distintos del edificio será de aplicación régimen de responsabilidad civil extracontractual «ex» artículos 1902 y ss CC.

Además, cuando el adquirente de la vivienda ostente la condición de consumidor, según definición del artículo 3 LGDCU, se aplicará la LGDCU, sobre todo en relación con los deberes de información precontractual y contractual y documentación (arts. 60, 61, 63 y 64), el régimen de cláusulas abusivas que pueden afectar a la perfección y formación del contrato (p. ej. artículo 89.3) y la responsabilidad civil por daños causados por la vivienda (arts. 148 y 149)<sup>(14)</sup>.

(11) *Vid.* jurisprudencia citada por PACHECO JIMÉNEZ, M.<sup>a</sup> N., *op. cit.*, pp. 11-12.

(12) CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.<sup>a</sup> C., *op. cit.*, p. 400; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.<sup>a</sup> T., *op. cit.*, pp. 33 ss. En este sentido, las SSTs 13 mayo de 2008 (RJ 2008, 3060), 27 junio 2012 (RJ 2012, 8014), 2 febrero 2018 (RJ 2018, 337).

(13) STS 13 mayo 2008 (RJ 2008, 3060), 27 marzo 2015 (RJ 2015, 1833).

(14) A tenor del artículo 149 LGDCU será aplicable el régimen previsto en el artículo 148 «a quienes construyan o comercialicen viviendas, en el marco de una actividad empresarial, por los daños ocasionados por defectos de la vivienda que *no estén cubiertos por un régimen legal específico*», como el previsto en el artículo 17 LOE.



### 3. FORMA Y PERFECCIÓN DEL CONTRATO

Una de las formas más frecuentes en la práctica de compraventa inmobiliaria es la que se produce a un promotor-vendedor profesional por un particular, que puede ser sobre plano o en construcción o ya terminada<sup>(15)</sup>. En el primer supuesto, la compraventa, perfeccionada por el mero consentimiento (art. 1450 CC), suele formalizarse en documento privado con pagos parciales del precio –cantidades anticipadas– y a la terminación de la obra se otorga escritura pública con abono del resto del precio y, en su caso, subrogación del adquirente en el préstamo hipotecario concedido al promotor.

No es infrecuente que en tales supuestos se suscriba entre el promotor y el adquirente lo que denominan «contrato de reserva», en el que el promotor reserva a la otra parte un determinado piso o edificación que se construirá, que se describe por referencia a un plano y en el que también aparecen definidos el precio, la forma de pago, etc. En realidad, este contrato de reserva no es tal, sino que estaremos bien ante un contrato de compraventa de cosa futura, si se ha pactado el intercambio de cosa por precio, bien ante un precontrato de compraventa, si lo que las partes han pactado es la facultad de uno de ellos o ambos de poner en vigor en un determinado momento el contrato definitivo<sup>(16)</sup>.

Como hemos apuntado, junto con el contrato de compraventa de vivienda en construcción el particular también puede celebrar, para procurarse una vivienda o edificación, un contrato de obra inmobiliaria, que, al igual que el de compraventa, se perfecciona por el mero consentimiento. Puede haber contrato de obra y no venta, aunque el contratista suministre los materiales de construcción (art. 1588 CC), lo que ha sido una cuestión controvertida, que ha llevado a doctrina y jurisprudencia a tomar en consideración diversos criterios para delimitar estos contratos, no siempre con la nitidez deseable<sup>(17)</sup>, siendo determinante la finalidad e intención perseguida por las partes. Esta distinción no es relevante a efectos de la

---

(15) REBOLLEDO VARELA, Á. L., «Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador por incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado. Fecha de entrega, calidades, superficies, escritura pública, inscripción registral, cargas y gravámenes», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2005, BIB 2005/1096; DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La formación del contrato de obra», en PARRA LUCÁN, M.ª Á. (dir.), *Acceso a la vivienda y contratación*, Valencia, 2015, p. 516; ÁLVAREZ LATA, N., «Compraventa de vivienda», en Busto Lago, J. M. (coord.), *Reclamaciones de consumo*, 4.ª ed., Cizur Menor, 2020, pp. 984-987.

(16) CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, 3.ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2021, consultado en Thomson Reuters Proview.

(17) Aunque excede del objeto de este contrato, se han propuesto diversos criterios de distinción entre el contrato de obra y la compraventa, si bien no resultan plenamente satisfactorios. Así, entre otros, se ha atendido al criterio de la fungibilidad o infungibilidad del objeto de la prestación, a la preponderancia del valor de las prestaciones (del trabajo y de los materiales), a la intervención del

responsabilidad por defectos constructivos, pero puede serlo a efectos del desistimiento unilateral conforme al artículo 1594 CC o del riesgo por perecimiento «ex» artículos 1589 y 1590 CC e, incluso, de la acción directa del subcontratista «ex» artículo 1597 CC<sup>(18)</sup>.

## 4. EL DEBER DE ENTREGA DE LA VIVIENDA POR EL PROMOTOR

### 4.1 El retraso en la entrega de la vivienda y la resolución del contrato

Tanto si se trata de un contrato de obra como de una compraventa incumbe al promotor-contratista o al promotor-vendedor la entrega de la edificación en el plazo pactado, de manera que si no entrega la obra o no la entrega en plazo incumple el contrato, lo que legitimará al adquirente a ejercitar la acción de cumplimiento o de resolución contractual, solo si concurren presupuestos de esta última (art. 1124 CC), junto con una acción indemnizatoria de los daños ocasionados si el incumplimiento es imputable a dolo o culpa del contratista y de las personas que deba responder (dependientes, auxiliares, subcontratistas) o del vendedor<sup>(19)</sup>. Normalmente, una vez terminada la obra se otorgará, en el plazo contractualmente previsto, la escritura pública de compraventa y el abono del precio pendiente de pago.

Así, frente a una consolidada doctrina jurisprudencial según la cual el retraso en el plazo de entrega de la vivienda no es considerado un incumplimiento esencial y grave y, por tanto, carece de trascendencia resolutoria «ex» artículo 1124 CC, en tanto que la prestación sigue siendo posible y útil para el acreedor<sup>(20)</sup>, y salvo para algunos supuestos en que la demora fuera prolongada<sup>(21)</sup>, la jurisprudencia ha ido admitiendo que cabe la

---

ejecutante de la obra en el proceso productivo y su resultado, a la consideración de las cualidades de la persona del ejecutante y las circunstancias y requisitos del trabajo que ha de realizarse.

(18) CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C., *op. cit.*, p. 313; DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La formación del contrato de obra», *op. cit.*, pp. 518-519.

(19) Se ha criticado, dada la conflictividad que plantea esta cuestión, la omisión en el artículo 9 LOE, de la obligación de entregar el edificio o cualquiera de sus pisos, aunque pueda derivarse del propio contrato de compraventa. Así, ALGABA ROS, S., «La LOE y la defensa de los adquirentes de viviendas: el retraso en la entrega», en CAÑIZARES LASO, A. (dir.), *Estudios sobre Derecho de la Edificación*, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 24.

(20) Entre otras, SSTs 9 junio 1986 (RJ 1986, 3298), 12 marzo 2009 (RJ 2009, 1982), 29 enero 2011, 11 abril 2013 (RJ 2013, 3490), 15 julio 2013 (RJ 2013, 8090), 1 abril 2014 (RJ 2014, 2155), 30 diciembre 2015 (RJ 2015, 5748), 7 abril 2016 (RJ 2016, 4289).

(21) Así, la STS 28 junio 2012 (RJ 2012, 8353), en la que el retraso en la expedición del certificado final de obra se extendió a casi un año respecto de la fecha prevista en el contrato; o la STS 21 marzo 2013 (RJ 2013, 3087), en que se acordó la resolución al haber transcurrido la prórroga de seis

resolución del contrato de compraventa por el retraso en la entrega tanto por entender que se está ante un término esencial<sup>(22)</sup>, por haberse pactado una condición resolutoria explícita<sup>(23)</sup>, o porque, atendiendo a las circunstancias concurrentes, se concluye que el retraso, aunque no sea especialmente intenso o relevante, respecto del inicial plazo de entrega pactado, «frustra los intereses legítimos del comprador», «el fin del contrato o la finalidad económica del mismo, capaz de producir una insatisfacción de las expectativas de la parte interesada en el mismo»<sup>(24)</sup>.

Sin embargo, como ha sido advertido, muchas de estas resoluciones jurisprudenciales resultan contradichas por otras posteriores, por lo que, atendiendo a la casuística es difícil concretar cuáles son las reglas jurisprudenciales en la actualidad<sup>(25)</sup>, sobre todo, en la determinación de cuándo hay frustración del fin del contrato que faculte a resolver<sup>(26)</sup>, lo que, además, genera cierta inseguridad jurídica<sup>(27)</sup>.

En el primer supuesto, esto es cuando se ha configurado la fecha de entrega como término esencial, o se ha pactado una cláusula resolutoria expresa, cualquier retraso, aunque no sea relevante o sea escaso en el tiempo, facultará a la parte compradora a la resolución del contrato, sin

---

meses prevista en el contrato, respecto de la fecha de entrega, que se fijó en un plazo máximo de treinta meses desde la concesión de la licencia de edificación. En efecto, la concesión al promotor incumplidor de un plazo adicional razonable para el cumplimiento facultaría al adquirente a resolver el contrato, y a la misma conclusión cabe llegar si la conducta del deudor es reveladora de una voluntad de incumplir o de una incapacidad para cumplir.

(22) Para ALGABA ROS, S., *op. cit.*, p. 31, la apreciación del término como esencial «debe provenir más de la naturaleza del bien en sí –la vivienda– que del contexto del contrato». A su juicio, la efectiva protección de la vivienda pasa por considerar el término en el plazo de entrega como esencial, por serlo desde el propio interés del adquirente.

(23) Tal fue el supuesto resuelto por la STS 13 noviembre 2013 (RJ 2013, 7821), en el que constaba que «en caso de incumplimiento del plazo de inicio o terminación de las obras, o en el supuesto de no obtenerse la licencia de primera ocupación o, si procede, cédula de habitabilidad o calificación definitiva, el comprador podrá optar por la resolución contractual». La STS 28 junio 2012 (RJ 2012, 8603) confirma la sentencia de instancia, que consideró que del documento contractual se desprendía que el plazo de entrega era esencial, lo que facultaba la resolución conforme al artículo 1124 CC. En la STS 29 febrero 2016 (RJ 2016, 746) se pactó que el retraso en la entrega produciría la resolución del contrato si se notificaba conforme el artículo 1504 CC, requisito que, sin embargo, no se dio por cumplido por el TS, al haber requerido las compradoras mediante un burofax y no mediante un requerimiento judicial o notarial como exige aquel precepto.

(24) SSTs 10 septiembre 2012 (RJ 2103, 2266), 20 marzo 2013 (RJ 2012, 4594), 19 diciembre 2014 (*Tol 4604038*), 17 febrero 2016 (*Tol 5650688*) y 7 abril 2016 (*Tol 5697621*).

(25) En tal sentido, ESTRUCH ESTRUCH, J., *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*, Valencia, 2017, consultado en *Tol 6.196.531*.

(26) CLEMENTE MEORO, M., «El retraso y la resolución en la compraventa de inmuebles», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., y GARCÍA PÉREZ, C. L., *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 328.

(27) Pone de relieve la falta de criterios jurisprudenciales unívocos sobre la trascendencia resolutoria del retraso en el plazo de entrega, VERDERA SERVER, R., «Cláusula resolutoria y retraso en la entrega de la vivienda. Sentencia 13 noviembre 2013 (RJ 2013, 7821)», *CCJC*, núm. 95, 2014, consultado en Aranzadi Proview, p 2.

necesidad de que concurra un incumplimiento grave o sustancial según los criterios interpretativos del artículo 1124 CC, conclusión esta que no ha quedado exenta de críticas doctrinales<sup>(28)</sup>.

Ahora bien, la mayoría de las sentencias que han permitido la resolución del contrato, aunque el retraso no fuera importante, la han justificado en el artículo 3 de la ahora derogada Ley 57/1968, que supone una especialidad respecto del régimen general de la resolución por incumplimiento «ex» artículo 1124 CC<sup>(29)</sup>, si bien exigiendo que el derecho que le concede la Ley al comprador se ejercite conforme a las exigencias de la buena fe, lo que ha permitido denegar la resolución en supuestos en que esta se ha considerado meramente oportunista, para lo que se tiene en cuenta, entre otros aspectos, el momento en que se ejercita la acción resolutoria respecto de la conclusión de la ejecución de la obra y/o el requerimiento del vendedor para otorgar la escritura pública<sup>(30)</sup>.

En efecto, el apartado cuatro de la Disposición adicional primera LOE (con el mismo tenor que el anterior artículo 3 de la Ley 57/1968), respecto de la adquisición de viviendas en construcción con entrega de cantidades anticipadas, faculta al adquirente consumidor a optar entre la resolución del contrato con devolución de cantidades anticipadas, incrementadas en los intereses legales, o la concesión de una prórroga al promotor «si la construcción no hubiera llegado a iniciarse o la vivienda no hubiera sido entregada». Se trata, por tanto, de dos causas legales de resolución del contrato. Respecto de la primera, como se ha puesto de relieve, el legislador parece haber configurado la fecha de inicio de la construcción como término esencial del contrato<sup>(31)</sup>.

En relación con la no entrega de la vivienda en la fecha prevista, también parece concebirse en la LOE como un término esencial de carácter

---

(28) Considera VERDERA SERVER, R., *op. cit.*, p. 4, excesiva la conclusión de que si se ha fijado fecha de entrega del bien –lo que, de otra parte, exige la normativa– se ha conferido a cualquier incumplimiento eficacia resolutoria o que se ha pactado un término esencial.

(29) Así, la STS (Pleno) 20 enero 2015 (*Tbl 473341*), que rectifica la doctrina asentada por la STS 9 junio 1986 (RJ 1986, 3298) que había descartado la aplicación del artículo 3 Ley 57/1968, por considerarla una norma «predominantemente administrativa».

(30) No procede la resolución del comprador, con base en el artículo 3 Ley 57/1968, si cuando la insta la vivienda está terminada, cuenta con licencia de primera ocupación y el vendedor le ha requerido para otorgar la correspondiente escritura pública, como sostuvo la STS (Pleno) 5 mayo 2014 (*Tbl 4357235*). Según esta Sentencia aquel precepto «no excluye que la “rescisión” o resolución del contrato pueda denegarse, conforme a los principios generales, por mala fe o abuso del derecho del comprador». En la misma línea, las SSTs 30 abril 2015 (RJ 2015, 1363), 30 diciembre 2015 (RJ 2015, 5748), 20 mayo 2016 (RJ 2016, 2277) y 7 mayo 2019 (RJ 2019, 1881).

(31) ESTRUCH ESTRUCH, J., *La nueva regulación...*, *op. cit.*, para quien el inicio de la construcción de una edificación debe fijarse en el momento del otorgamiento del acta de replanteo (que es firmada por el constructor, el arquitecto director de la obra y el director de la ejecución de la obra) o de comienzo de las obras.

abstracto o general, si bien en sentido objetivo o material difícilmente puede calificarse como tal, en tanto que, aunque se entregue la vivienda, una vez transcurrido el término fijado en el contrato, como regla, continuará satisfaciendo el interés del acreedor<sup>(32)</sup>. Pese a ello, el apartado cuarto de la Disposición adicional primera LOE es claro y permitirá al adquirente consumidor que haya entregado cantidades anticipadas resolver el contrato, aunque el retraso sea pequeño o poco relevante, esto es, aunque no tenga carácter resolutorio, lo que constituye una norma especial respecto de la regulación general del artículo 1124 CC<sup>(33)</sup>. Consecuencia del ejercicio de esta facultad resolutoria será la restitución de las cantidades anticipadas al promotor, incrementadas en los intereses legales y, en su caso, la ejecución de las garantías que haya tenido que otorgar el promotor (seguro de caución o aval solidario).

En ocasiones, el retraso en la entrega se justifica por el promotor en la demora en la concesión de licencia administrativa de edificación al no adecuarse la construcción a la normativa o al planeamiento urbanístico. En tal supuesto la jurisprudencia ha entendido que no hay imposibilidad legal sobrevenida inimputable al promotor-vendedor, que le permitiría exonerarse de responsabilidad (arts. 1182 y 1184 CC), no pudiendo calificar tales problemas administrativos urbanísticos como caso fortuito o fuerza mayor, ya que no son eventos impositivos imprevisibles o inevitables ajenos a su ámbito de control<sup>(34)</sup>. Tampoco concurre un supuesto de fuerza mayor la proliferación de huelgas en el sector de la construcción, ni las inclemencias meteorológicas, hallazgos de restos arqueológicos, la falta de suministros<sup>(35)</sup> o la crisis financiera que afectó al mercado inmobiliario a partir del 2008<sup>(36)</sup>. En este contrato el promotor fija el plazo de entrega de la vivienda, debiendo asumir el riesgo de la concurrencia de circunstancias normalmente previsibles que incidan

---

(32) ESTRUCH ESTRUCH, J., *La nueva regulación...*, *op. cit.* En el mismo sentido, VERDERA SERVER, R., *op. cit.*, p. 12.

(33) ESTRUCH ESTRUCH, J., *La nueva regulación...*, *op. cit.*

(34) REBOLLEDO VARELA, Á. L., *op. cit.*, pp. 6-7 y 16; DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La resolución de la compraventa instada por el comprador en la reciente jurisprudencia: algunos reflejos de la depresión del mercado inmobiliario», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2013, BIB 2013/2022, p. 8; ALGABA ROS, S., *op. cit.*, p. 32. Advierte la autora que, en cambio, si se ha considerado supuestos de fuerza mayor los casos de intervenciones ilícitas de terceros o cuando los cambios en el proyecto de obra son debidos a los propios compradores.

(35) ESTRUCH ESTRUCH, J., *La nueva regulación...*, *op. cit.*, quien destaca, entre otras, las SSTs 19 diciembre 2014 (Tol 4604038) y 14 septiembre 2016 (Tol 5823989).

(36) Por la no aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» alegada por la promotora vendedora que no entregó las viviendas en plazo, lo que justificó, entre otras, en la grave crisis inmobiliaria y financiera, se pronuncian las SSTs 11 diciembre 2014 (RJ 2014, 6374) y 22 diciembre 2014 (Tol 4603932).

en la marcha de las obras, comprometiendo su finalización en el tiempo previsto en el contrato.

Cuando el contrato de compraventa no fija del plazo de entrega, lo que contraviene el artículo 5.5 RD 515/1989 y los artículos 60.2 d) y 85.1 LGDCU, aplicables cuando se trate de adquisición de vivienda por un consumidor a un promotor, el artículo 1128 CC faculta al juez a fijarlo, conforme al expediente de jurisdicción voluntaria previstos en los artículos 96 y 97 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, teniendo en cuenta que la indeterminación inicial del plazo no debe favorecer a quien provocó la confusión (art. 1288 CC)<sup>(37)</sup>. Cabe tener en cuenta, además, que el 85.8 LGDCU estima abusivas las cláusulas que «supongan la consignación de fechas meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario», por lo que, de declararse nula por abusiva, se tendrá que aplicar el artículo 1128 CC, sin que deba declarar la nulidad del contrato de compraventa<sup>(38)</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia no se ha mostrado pacífica cuando el inicio del cómputo del plazo de entrega se supedita al comienzo de las obras, a la concesión de la licencia de edificación o al fin de las mismas<sup>(39)</sup>. En todo caso, no puede dejarse el plazo de entrega al arbitrio o la voluntad del promotor (cfr. artículo 1256 CC), ni hacerse depender de hechos o circunstancias que debe controlar por pertenecer al ámbito propio de su actividad empresarial.

En suma, tanto la legislación sectorial en materia de vivienda como la normativa protectora de los consumidores exigen que en todo contrato de compraventa de vivienda en construcción se haga constar con claridad la fecha de entrega y la fase en la que se encuentra la construcción, por lo que no son lícitas las estipulaciones que dejan indeterminada la fecha de entrega. Sin embargo, no faltan ejemplos en la jurisprudencia en la que se estima válido la cláusula de fecha aproximada de entrega<sup>(40)</sup> o con sucesivas prórrogas a voluntad del vendedor<sup>(41)</sup>.

Asimismo, deberá ser considerada nula y no podrá producir ningún perjuicio para el consumidor la cláusula que indique que el plazo de entrega de la vivienda comenzará a contarse desde la obtención de cierta documentación, como la licencia de edificación, el certificado final de obra o la licencia de primera ocupación, que dependen del cumplimiento de una

(37) En tal sentido, STS 11 diciembre 2014 (RJ 2014, 6374).

(38) STS 26 septiembre 2016 (Tol 5835157). En este sentido, también, ÁLVAREZ LATA, N., «Compraventa de vivienda», *op. cit.*, p. 1029.

(39) DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La resolución...», *op. cit.*, p. 7.

(40) SSTS 24 enero 2014 (RJ 2014, 671), 19 febrero 2014 (RJ 2014, 959).

(41) SSTS 29 enero 2014 (RJ 2014, 1034), 6 febrero 2014 (RJ 2014, 836), 21 julio 2014 (RJ 2014, 4542).

obligación que recae sobre el empresario, de manera que será él el que deba sufrir el riesgo de su no obtención<sup>(42)</sup>, no pudiendo quedar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, de conformidad con el artículo 1256 CC.

Por último, en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios, que puede solicitarse tanto si se opta por la resolución como por el cumplimiento forzoso, ha convivido en la jurisprudencia la tesis que sostiene que el mero incumplimiento obligacional puede suponer un daño *ex re ipsa*, que operaría de manera automática<sup>(43)</sup>, cuando «la existencia del daño se deduce necesaria y faltamente del ilícito o del incumplimiento, o se trata de daños incontrovertibles, evidentes o patentes»<sup>(44)</sup>, como sucede en el caso de falta de entrega de un inmueble<sup>(45)</sup>, frente a la tesis que mantiene que la obligación de indemnizar no es consecuencia necesaria del incumplimiento, sino que el adquirente deberá demostrar los daños derivados del retraso en la entrega, lo que, en ocasiones, se convierte en el escollo principal para obtener una indemnización, al exigir los órganos jurisdiccionales de instancia pruebas prácticamente imposibles<sup>(46)</sup>. En particular, ha sido controvertido si la pretensión indemnizatoria del lucro cesante por el valor de uso o arrendamiento de la vivienda cuya entrega se retrasa debe estimarse automáticamente, por suponer un daño mínimo al acreedor, el «denominado daño *ex re ipsa* (de la propia cosa)». Frente a algunas sentencias que así lo han confirmado<sup>(47)</sup>, en la actualidad, la jurisprudencia se inclina por exigir la acreditación de la realidad del daño y su cuantificación, esto es, que se pruebe dicho perjuicio, «atendiendo a un juicio de probabilidad objetivable, con una razonable verosimilitud, sobre todo cuando el lucro cesante se proyecta sobre ganancias futuras o meras expectativas»<sup>(48)</sup>.

---

(42) ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas en construcción*, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 276-277; CLEMENTE MEORO, M., «El retraso y la resolución en la compraventa de inmuebles», *op. cit.*, p. 327.

(43) *Vid.* la jurisprudencia citada por ALGABA ROS, S., *op. cit.*, pp. 42-43. Así, entre otras, las SSTs 26 mayo 1990 (RJ 1990, 4852), 5 marzo 1992 (RJ 1992, 2391), 29 marzo 2001 (RJ 2001, 3189), asentaron la doctrina de que del mero incumplimiento nacía el deber de indemnizar en los supuestos en que «el incumplimiento determina por sí un daño o perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés moral o material».

(44) Así, la STS 12 abril 2012 (RJ 2012, 5896), para la que se «produce una situación en que habla la cosa misma (*ex re ipsa*), de modo que no hace falta prueba, porque la realidad actúa incontestablemente por ella».

(45) STS 23 julio 1997 (RJ 1997, 5808).

(46) ALGABA ROS, S., *op. cit.*, p. 42; RUBIO TORRANO, E., «Incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda en el plazo acordado», *Revista Aranzadi Doctrinal Civil-Mercantil*, núm. 9/2015, BIB 2014/4431.

(47) SSTs 23 julio 1997 (RJ 1997, 5808), 18 noviembre 2014 (RJ 2014, 5946).

(48) SSTs 18 noviembre 2013 (RJ 2013, 2388) y 10 septiembre 2014 (RJ 2014, 4800).

## 4.2 La entrega de la vivienda y la falta de licencia de primera ocupación

El promotor ha de entregar la vivienda en condiciones para su uso y disfrute conforme al destino pactado y con las licencias administrativas preceptivas, en particular, con la licencia de primera ocupación<sup>(49)</sup>, como se desprende del artículo 9.2 c) y e) LOE, que le obliga a entregar al adquirente «la documentación de obra ejecutada, o cualquier otro documento exigible por las Administraciones competentes»<sup>(50)</sup>. La obligación de entrega se cumple cuando «el inmueble esté en condiciones de ser disfrutado según su destino... sin impedimento legal alguno, haciendo posible su ocupación de un modo definitivo y sin obstáculos o impedimentos administrativos o urbanísticos»<sup>(51)</sup>. El promotor-vendedor responde no solo de la entrega de la vivienda, «sino también de efectuarla con utilidad para su destino propio, con la condición de habitabilidad»<sup>(52)</sup>. Aun cuando en el contrato solo figure el deber de entregar el certificado final de la obra el promotor vendrá obligado también a entregar la licencia de primera ocupación<sup>(53)</sup>. Por tanto, la obligación de entregar la licencia de primera ocupación u documento equivalente, que autoriza al adquirente para la ocupación y uso de la vivienda, ha de ser considerada forma parte esencial de la obligación de entrega de la vivienda, aunque no estuviera prevista contractualmente, según ha declarado el TS, y faculta al adquirente a ejercitar la opción por la resolución que le concede el apartado cuatro de la Disposición adicional primera LOE, para el supuesto de que se hayan entregado cantidades a cuenta<sup>(54)</sup>, o en general, la resolución con base en el artículo 1124 CC si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la falta

---

(49) Apunta DE LA HAZA DÍAZ, P., «Perspectiva civil de la licencia de primera ocupación. Análisis jurisprudencial», en Cañizares Laso, A. (dir.), *Estudios sobre Derecho de la Edificación*, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 240 ss., que la licencia de primera ocupación es el último control que ejerce la Administración en el proceso edificatorio e implica la verificación de que el edificio se encuentra en zona urbanizada y que están en condiciones de funcionamiento los suministros de agua y energía eléctrica y las redes de alcantarillado y, por esta razón, es apto para ser ocupado.

(50) La jurisprudencia ha destacado que la licencia de primera ocupación tiene una doble finalidad «verificar si el edificio reúne las condiciones de seguridad y salubridad y puede habilitarse para el uso a que se le destina y constatar si la obra ejecutada se ajusta a la realidad de la licencia concedida». STS (Sala 3.ª) 21 julio 2001 (RJ 2001, 9885), 8 noviembre 2003 (RJ 2003, 8045), 19 abril 2007 (RJ 2007, 2072).

(51) STS 13 noviembre 2013 (RJ 2013, 7446).

(52) STS 3 junio 2003 (RJ 2003, 5331), 12 febrero 2013 (*Tol 3166309*), 9 marzo 2016 (*Tol 5669118*), 12 septiembre 2016 (RJ 2016, 4437), 7 julio 2017 (RJ 2017, 3199).

(53) SSTs 20 marzo 2013 (RJ 2013, 4594), 10 junio 2013 (RJ 2013, 3944), 28 octubre 2013 (RJ 2013, 8331) y 21 julio 2014 (RJ 2014, 4542).

(54) ESTRUCH ESTRUCH, J., *La nueva regulación...*, *op. cit.*, con cita de abundante jurisprudencia.



de obtención de licencia se debe a la ausencia de presupuestos fácticos y jurídicos exigidos para su otorgamiento<sup>(55)</sup>.

Por ello, el retraso por la promotora-vendedora en la obtención de la licencia de primera ocupación, a pesar de la expedición en plazo del certificado final de la obra, puede suponer un incumplimiento resolutorio si frustra el interés contractual de la compradora<sup>(56)</sup>, lo que sucede porque la falta de licencia es un impedimento sustancial para el uso del inmueble y el acceso a sus suministros<sup>(57)</sup>. En cambio, si la falta de licencia es debida a una simple demora en la tramitación municipal y no a la ausencia de los presupuestos fácticos o jurídicos en que se funda su concesión, o a defectos fácilmente subsanables, siendo posible su obtención en un plazo razonable por adecuarse la vivienda a las condiciones exigibles o haber manifestado el promotor su voluntad de subsanarlos, no habrá una frustración de las legítimas expectativas del adquirente que le faculte a resolver<sup>(58)</sup>.

Al respecto, cabe tener en cuenta que el artículo 28.1. II b) LSRU, exige, para la autorización de declaración de obra nueva terminada, además de la certificación final de la obra expedida por el técnico competente «el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente, salvo que la legislación urbanística sujetase tales actuaciones a un régimen de comunicación previa o declaración responsable, en cuyo caso aquellas autorizaciones se sustituirán por los documentos que acrediten que la comunicación ha sido realizada y que ha transcurrido el plazo establecido para

---

(55) STS (Pleno) 10 septiembre 2012 (RJ 2013, 2266), SSTS 6 marzo 2013 (RJ 2013, 3084), 20 marzo 2013 (RJ 2013, 4594), 10 junio 2013 (RJ 2013, 7072), 30 septiembre 2013 (RJ 2013, 7049), 21 octubre 2013 (RJ 2013, 429), 28 octubre 2013 (RJ 2013, 8330), 28 octubre 2013 (RJ 2013, 8331), 30 octubre 2013 (RJ 2013, 7070), 31 octubre 2013 (RJ 2013, 3944).

(56) Entre otras, SSTS 21 julio 2014 (RJ 2014, 4245), 22 abril 2015 (*Tbl 4850744*), 7 julio 2017 (RJ 2017, 3199).

(57) BUSTO LAGO, J. M., *El control del cumplimiento de la legalidad urbanística en los contratos sobre vivienda: la compraventa de «vivienda» sin licencia*, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 78 ss; y en «Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del término esencial de la obligación de entrega. La licencia de primera ocupación integra la obligación de entrega. Inaplicación de la cláusula “rebus sic stantibus”». Sentencia de 8 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10425)», *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 53 ss. Consultado en Proview Aranzadi.

(58) En este sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La resolución...», *op. cit.*, p. 6; GONZÁLEZ CARRASCO, M.<sup>a</sup> C., «Normativa civil sobre vivienda como impulso del mercado inmobiliario», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2016, consultado en BIB 2016/257, pp. 7-8, y en «La constitución en mora y la resolución por incumplimiento contractual», en González Pacanowska, I., y García Pérez, C. L. (coords.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 295. En la misma línea, BUSTO LAGO, J. M., «Acción de resolución...», *op. cit.*

que pueda iniciarse la correspondiente actividad, sin que del Registro de la Propiedad resulte la existencia de resolución obstativa alguna»<sup>(59)</sup>.

Por el contrario, habrá incumplimiento grave de una obligación esencial si el vendedor no respeta la legislación urbanística entregando un objeto que no se ajusta a dicha normativa, con «peligro cierto y grave de que se proceda a su demolición con base a una resolución judicial firme», que ordena la reposición de los terrenos al estado anterior a la construcción<sup>(60)</sup>.

### 4.3 La adecuación de la vivienda al proyecto de edificación

El promotor-vendedor deberá entregar la vivienda conforme a la superficie, calidades, instalaciones y/o servicios que figuren en la memoria de calidades o en los proyectos técnicos a los que se haga referencia o remita el contrato, de conformidad con los artículos 1096, 1097, 1461, 1469 a 1471 CC, teniendo en cuenta, además, que la publicidad integra el contenido del contrato (art. 61.2 LGDCU).

En este sentido, cabe destacar que no ha sido inusual que el promotor se reservara, en el contrato de compraventa de viviendas en construcción, facultades de modificación unilateral del objeto del contrato, respecto del proyecto inicial, aludiendo a «razones urbanísticas, técnicas o jurídicas», lo que puede afectar a la configuración misma de la vivienda y/o sus elementos comunes, así como a la memoria de calidades.

Cuando esta modificación unilateral implique un incremento de precio, tal cláusula sería nula por ilegal al amparo del artículo 10 B).1 RD 515/1989. Según este precepto «las reformas de obras motivadas en causas diligentemente no previsibles en el momento de aprobación de los proyectos de urbanización o construcción que originen modificaciones en el precio estipulado serán previamente comunicadas a los adquirentes quienes deberán dar su conformidad a la cuantía exacta que la reforma produzca». En esta línea, el artículo 85.10 LGDU califica de abusivas «las

---

(59) Para un análisis crítico de la inclusión de la licencia de primera ocupación como objeto de control notarial y registral en las declaraciones de obra nueva, introducido en el derogado artículo 20 TRLS de 2008 por el Real Decreto-ley 8/2011, *vid.* GONZÁLEZ CARRASCO, M.<sup>a</sup> C., «Normativa civil...», *op. cit.*, pp. 6-8. Destaca la autora la reforma de dicho precepto por Ley 8/2013 pretendió aligerar dicha exigencia, al añadir el último inciso –que ha pasado al vigente artículo 28.1 LSRU–, y dejar en manos de la legislación autonómica la introducción en dicha licencia del régimen de declaración responsable.

(60) STS 12 septiembre 2016 (RJ 2016, 4437), en la que se estimó la resolución del contrato instada por el comprador por haber entregado el promotor la vivienda con una licencia de primera ocupación que estaba recurrida al haberse dictado sentencia firme que ordenaba la reposición de los terrenos a su estado anterior, como consecuencia de la anulación del Plan General Municipal.

cláusulas que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor o usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente pactado».

Aun cuando las modificaciones introducidas respecto al proyecto inicial no supongan un incremento de precio, el artículo 85.3 LGDCU prevé que son abusivas «las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato». Luego, pueden concurrir razones objetivamente justificadas, que imponen un reajuste eficiente del contrato, con modificación de la edificación respecto del proyecto inicial, pero deberán estar reflejadas en el contrato de manera concreta y clara y, además, no ser previsibles en el momento de la elaboración de aquel<sup>(61)</sup>. Cuando estos motivos, aunque especificados, sean insuficientes por vagos e imprecisos (p. ej.: «motivos graves», «circunstancias sobrevenidas», «fuerza mayor», «impedimentos jurídicos o económicos»), estaremos ante una cláusula abusiva y, por tanto, deberá tenerse por no puesta (art. 83.1 LGDCU).

En todo caso, si la modificación del proyecto responde a causas técnicas o jurídicas que debieron ser previstas por el promotor profesional, por estar incluidas en su ámbito de control, éste deberá asumir el coste. Cualquier desviación no consentida que no responda a causas técnicas suficientemente justificadas produce una discordancia entre lo previsto inicialmente y el resultado final. Es por ello que cabe que el adquirente inste la resolución por incumplimiento, si la discordancia es relevante o sustancial<sup>(62)</sup>, o exija el cumplimiento forzoso según proyecto inicial<sup>(63)</sup>, si fuera posible, con indemnización de los daños en ambos casos.

---

(61) Como advierte DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La resolución...», *op. cit.*, p. 4, solo es lícita tal previsión contractual «si se trata de circunstancias imprevisibles y extrañas al ámbito de control de la actividad de aquél que determinen cambios de escasa entidad».

(62) La STS 28 noviembre 2012 (RJ 2013, 187) consideró que las modificaciones introducidas en el proyecto de edificación de una urbanización en la costa, impuesta por la autoridad competente para cumplir con la Ley de Costas, que, supusieron una nueva configuración de los bloques y ubicación de la vivienda adquirida, con perjuicio a las vistas y a la tranquilidad y ausencia de ruidos, disminuían sustancialmente las posibilidades de disfrute de la vivienda, con repercusión negativa en su valor de mercado, y perjuicio a la privacidad como elemento esencial de toda vivienda. Por ello, consideró que era de aplicación la cláusula contractual que permitía al comprador, en caso de cambio sustancial del proyecto, la resolución del contrato con recuperación de precio pagado más interés legal del dinero. En la misma línea, la STS 16 noviembre 2012 (RJ 2012, 1615) consideró que el cambio de ubicación de los condensadores de climatización que iban a ubicarse en la azotea y finalmente lo fueron encima de la puerta de acceso al dormitorio principal de la vivienda de los adquirentes constituía una alteración sustancial del objeto del contrato, que facultaba a estos a la resolución del contrato, con base en una de las condiciones generales del contrato.

(63) STS 12 diciembre 2011 (RJ 2012, 292).

## 5. CUESTIONES RELATIVAS A LAS OBLIGACIONES DEL ADQUIRENTE

### 5.1 El retraso en el pago del precio y la resolución del contrato

El legislador impone deberes informativos al promotor vendedor, especialmente intensos, en relación con el precio de venta, según resulta del artículo 6.1.1.º RD 515/1989 y del artículo 60.2 c) LGDCU, no pudiendo aumentar unilateralmente el precio de la vivienda, si no corresponde dicho incremento a modificaciones de la obra motivadas por causas diligentemente no previsibles en el momento de aprobar los proyectos de construcción, y que deberán ser comunicadas previamente a los compradores (art. 10.1 RD 515/1989; artículos 85.3 LGDCU).

El artículo 1504 CC prevé, para el retraso en el pago del precio aplazado en la compraventa inmobiliaria, que, aunque se hubiera estipulado que tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato «el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial». Con este precepto se trata de evitar el automatismo del pacto comisorio o de *lex commissoria*, esto es, cuando se ha pactado que la falta de pago del precio producirá automáticamente la resolución del contrato, lo que se consigue mediante la exigencia de requerimiento formal resolutorio<sup>(64)</sup>.

Con la mejor doctrina, hay que entender que se aplica a las compraventas con pacto comisorio –a las que expresamente hace referencia–, pero también a las que no lo incluyen, tanto si se ha pactado de manera expresa la resolución no automática por impago del precio como si no se ha estipulado nada al respecto<sup>(65)</sup>.

Atendiendo a esta norma, para proceder a la resolución por impago del precio el vendedor ha de requerir formalmente al comprador, lo que, en principio favorece a este, en tanto que mientras no se produzca dicho requerimiento puede pagar atrasadamente, conservándose el contrato. Una vez hecho el requerimiento el comprador, el vendedor ya podrá rechazar un pago atrasado y, al tiempo, no será posible que el juez acuerde un nuevo plazo para el cumplimiento, al prohibirlo el artículo 1504 *in fine* CC<sup>(66)</sup>.

(64) CLEMENTE MEORO, M., *La obligación de pago del precio en la compraventa de inmuebles*, Barcelona, 2009, p. 46, y en «El retraso y la resolución en la compraventa de inmuebles», », en González Pacanowska, I., y García Pérez, C. L. (coords.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 321.

(65) CLEMENTE MEORO, M., *La obligación...*, *op. cit.*, p. 47, con cita de doctrina y jurisprudencia en el mismo sentido.

(66) Se dice, por ello, que se equilibran las posiciones de vendedor y comprador, que tendrán que sopesar qué decisión les interesa más: si al vendedor, requerir y, por tanto, optar por la resolución

La cuestión de si cualquier retraso en el pago del precio aplazado determina la resolución del contrato conforme al artículo 1504 CC ha sido resuelta de manera negativa por la jurisprudencia, al exigir para la aplicación de este precepto la concurrencia de los presupuestos de la acción de resolución por incumplimiento «ex» artículo 1124 CC, esto es, que haga falta un incumplimiento de cierta gravedad, sustancial o esencial, que frustre las expectativas legítimas de las partes o sea trascendente para la economía del contrato<sup>(67)</sup>

## 5.2 La subrogación del adquirente en el préstamo del promotor

Es nula por abusiva la cláusula que impone al adquirente consumidor en el contrato de compraventa de vivienda la subrogación en el préstamo hipotecario concedido al promotor para la financiación de la promoción inmobiliaria, o le imponga penalizaciones en caso de no subrogarse, según resulta del artículo 89.3 c) LGDCU<sup>(68)</sup>. Por ello, si el adquirente opta por no subrogarse no se le pueden imponer los gastos de cancelación de la hipoteca constituida por el promotor para financiar la promoción<sup>(69)</sup> [art. 89.3 a) LGDCU].

En el caso de que se haya pactado la posibilidad de subrogación en el préstamo concedido al promotor y el adquirente opte por ella, la jurisprudencia, ya desde hace tiempo, consideró que era abusiva la traslación a este de los gastos de constitución de la hipoteca por la parte destinada a financiar la construcción que correspondían al empresario<sup>(70)</sup>, al amparo

---

del contrato o exigir el cumplimiento; y al comprador, si persistir en el impago y arriesgarse al requerimiento de resolución y, con ello, a una mayor indemnización si se incrementa el daño. En tal sentido, CLEMENTE MEORO, M., «El retraso...», *op. cit.*, p. 322.

(67) CLEMENTE MEORO, M., «El retraso...», *op. cit.*, p. 324. Además, no podrá resolver el vendedor que haya incumplido previamente sus obligaciones o si le es imputable a él el incumplimiento del comprador.

(68) En la actualidad, esta cláusula debe considerarse nula por vulnerar el artículo 14 Ley 5/2019, reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario, según CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Consumo*, Cizur Menor (Navarra), 2023, consultado en BIB 2023/2365.

(69) SERRA RODRÍGUEZ, A., «La imposición al consumidor de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en la compraventa de viviendas», en CANIZARES LASO, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006; ÁLVAREZ LATA, N., «La denegación a la compradora de la subrogación en el préstamo hipotecario: ¿constituye causa de resolución del contrato», *Revista CESCO*, núm. 4, 2012, p. 101; CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, pp. 581, 656-657.

(70) La STS 2 febrero 1999 (RJ 1999, 529) consideró que vulneraba la legislación aplicable (en tal caso, el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial de 1968) la inclusión en los contratos de compraventa de viviendas con tal calificación en el que se le imputaba los gastos de constitución de la hipoteca constituida por el promotor para financiar la construcción y la división de la misma, al considerar que se imponen al consumidor final «unas impensas que gravitan directamente sobre el empresario».

del artículo 89.3 a) LGDCU, en la línea de lo ya previsto por el artículo 10 D) RD 515/1989<sup>(71)</sup>. Más controvertida ha sido la cuestión de si, en caso de subrogación en el préstamo, los gastos de cancelación pueden imponerse al consumidor, cuando el préstamo esté destinado a financiar la construcción, pero también la adquisición de la vivienda<sup>(72)</sup>. En la actualidad, el TS se inclina a considerar que dicha cláusula no es abusiva, al entender que, una vez efectuada la subrogación del comprador/deudor, ya no es una hipoteca del vendedor, por lo que los gastos corresponden a aquel, por ser el interesado en la cancelación<sup>(73)</sup>.

En todo caso, si se prevé la posibilidad de subrogación del adquirente el promotor deberá indicar con claridad el Notario autorizante de la correspondiente escritura, fecha de la inscripción en el Registro de la Propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades (art. 6.1.4.º RD 515/1989), debiendo comunicar dicho pacto al prestamista la Disposición adicional séptima LCCI a los efectos de dar cumplimiento a la obligación de evaluar la solvencia y los requisitos de información precontractual y el resto de las obligaciones exigidas en esta Ley y su desarrollo reglamentario, dando tiempo al potencial prestatario a buscar alternativas de financiación hipotecaria.

Cuestión distinta, es la de si la denegación de la financiación al adquirente, cuando ha optado por la subrogación en el préstamo hipotecario del promotor, y que depende, en última instancia, del acreedor hipotecario, faculta a aquel a resolver el contrato, por imposibilidad sobrevenida o por aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus»<sup>(74)</sup>. El TS ha sostenido, en alguna de sus resoluciones, que si el promotor-vendedor asume el compromiso frente al adquirente de obtener de la entidad bancaria una oferta vinculante de préstamo o de que aquel podía en todo caso subrogarse, si

---

(71) Así, se ha considerado abusiva la cláusula que imponía al adquirente de la vivienda los gastos de constitución de la hipoteca respecto de la parte destinada a financiar la construcción del inmueble, como resulta, entre otras, de STS 2 de febrero de 1999 (RJ 1999, 529), SAP Sevilla 16 marzo 2004 (AC 2004, 317), SAP Madrid 20 abril 2004 (Tol 397263), SAP Madrid 1 julio 2004 (JUR 2004, 253420), SAP Madrid 13 enero 2006 (JUR 2006, 120906), SAP Madrid 11 abril 2007 (JUR 2007/212641).

(72) Se manifiestan por la validez de la cláusula que impone dichos gastos de cancelación al consumidor que se subroga, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Madrid, 1995, p. 191; ÁLVAREZ LATA, N., *op. cit.*, p. 101; CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, pp. 581. En contra, PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F.: *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Navarra, 2004, p. 156.

(73) SSTs 25 mayo 2020 (RJ 2020, 1255), 14 febrero 2023 (RJ 2023, 1842).

(74) *Vid.* DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La resolución de la compraventa...», *op. cit.*, pp. 12-15, sobre la aplicación de la doctrina de la cláusula rebus a los supuestos en que el comprador no obtiene la financiación para la adquisición de la vivienda, facultándole a resolver concurriendo determinadas circunstancias y el riesgo para los principios *pacta sunt servanda* y la seguridad jurídica.

con posterioridad no se obtiene la financiación o no se acepta la subrogación por la entidad bancaria hay un incumplimiento de una obligación esencial que frustra el resultado del contrato y facultaría a la parte compradora a resolverlo<sup>(75)</sup>. En tales pronunciamientos se entiende que la subrogación en el préstamo hipotecario, como elemento de financiación del pago del precio de la vivienda, forma parte integrante de la oferta contractual, por lo que existía un compromiso obligacional que la compradora aceptó, de manera que la denegación de la financiación por la entidad bancaria supone un incumplimiento resolutorio. En cambio, si no existe dicho pacto de subrogación por el que el vendedor asegura al adquirente que aquella tendrá lugar, ni se pactó como condición resolutoria el caso de la denegación de la financiación, si luego no se produce y el comprador no obtiene la financiación no habrá incumplimiento de obligación esencial y, por tanto, no será resolutorio<sup>(76)</sup>.

### 5.3 La aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» ante la imposibilidad de obtener financiación

A raíz de la crisis económica del 2008 algunas resoluciones judiciales se enfrentaron a la cuestión de si la imposibilidad de obtener financiación por el adquirente, dado el contexto socio-económico, permitía la aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» para resolver el contrato de compraventa de vivienda a instancias del comprador. Como sabemos, la jurisprudencia ha hecho una aplicación muy restrictiva de la cláusula «rebus», insistiendo en que debe ser admitida de manera cautelosa y exigiendo la concurrencia de determinados presupuestos, a saber, una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de ejecución de prestaciones en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, haciendo excesivamente gravosa la prestación de una de las partes y que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias imprevisibles. Concurriendo estos requisitos la consecuencia de su aplicación es

(75) DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La resolución...», *op. cit.*, pp. 12-13. En tal sentido, las SSTs 12 abril 2013 (RJ 2013, 3385), 26 abril 2013 (RJ 2013, 3268), 15 septiembre 2015 (RJ 2015, 4975), 30 diciembre 2015 (RJ 2015, 5874).

(76) *Vid.* ÁLVAREZ LATA, N., *op. cit.*, pp. 111-114, según la cual la tesis mayoritaria es la entender que la cláusula de subrogación en los contratos refleja «una mera expectativa de conseguir financiación, de modo que la frustración del mecanismo subrogatorio, provocado por causas diversas (sobrevenidas o no; imputables o no al comprador; exclusivamente imputadas a la voluntad del tercero, que es quien la concede) no altera en absoluto el régimen de las obligaciones de las partes», como sostuvo la SAP Alicante 21 marzo 2012 (JUR 2012, 215844).



la adaptación o modificación judicial de los términos del contrato y solo, de manera muy excepcional, la resolución del contrato. Además, el ámbito de aplicación natural de la cláusula «rebus» es el de los contratos de tracto sucesivo y solo excepcionalmente (aún más) podía resultar de aplicación a los contratos de tracto único (ejecución instantánea) cuando su cumplimiento se había diferido para un momento futuro (compraventa con precio aplazado).

Esta concepción de la cláusula «rebus sic stantibus» supuso que el Alto Tribunal hasta finales del año 2012 rechazara que la crisis económica que venía padeciendo nuestro país pudiera ser admitida como un cambio extraordinario e imprevisible de las circunstancias que pudiera posibilitar la aplicación de esta doctrina. La situación de crisis no suponía una «aplicación generalizada, o automática de la cláusula», al no entenderse que era un riesgo previsible e implícito en el devenir económico de cualquier país. Sin embargo, la STS de 8 de noviembre de 2012<sup>(77)</sup> reconoció que «aunque la crisis económica, por sí sola, no permita al comprador desistir del contrato, no se puede descartar, en términos generales, su posible valoración a través de la aplicación de la regla “rebus sic stantibus” (estando así las cosas) cuando de la valoración del conjunto de las circunstancias concurrentes, y de la propia configuración de la regla jurídica, se desprende su posible y correcta aplicación al ámbito de la compraventa de viviendas realmente afectadas por la tipicidad jurídica que se derive de la crisis». Se abrió con ello la puerta a que la crisis económica y las fuertes restricciones al crédito que esta impuso pudiera ser considerada un hecho impeditivo e imprevisible a los efectos de la aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus». Idéntico razonamiento se recoge en las posteriores, como en las SSTS de 17 de enero de 2013 o 18 de enero de 2013<sup>(78)</sup>. Así, en la STS de 17 de enero de 2013, pese a que el fallo fue desestimatorio de la pretensión resolutoria, ya se argumenta lo siguiente: «Lo anteriormente razonado no significa, sin embargo, que la regla “rebus sic stantibus” haya de quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles. Antes bien, una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria

(77) RJ 2012, 2402.

(78) RJ 2013, 1819 y RJ 2013, 1604. En ellas, el supuesto de hecho era idéntico: se trataba de compraventa de viviendas en que los compradores debían pagar parte del precio de la compraventa para lo que debían obtener financiación cuando ya había estallado la crisis económica y se les denegaba por su situación financiera. Sin embargo, si bien en ambas se plantea la aplicación de la cláusula «rebus» a estas situaciones de crisis, finalmente se descartó.



de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurren en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspondientes prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla»<sup>(79)</sup>. Esta «revisada» configuración jurisprudencial de la cláusula «rebus» fue confirmada en otras resoluciones posteriores<sup>(80)</sup>, si bien en su mayoría no la consideran de aplicación atendiendo a las circunstancias concurrentes. En la actualidad, el Tribunal Supremo ha matizado dicha doctrina, rechazando una aplicación generalizada de la cláusula «rebus» a las situaciones generadas por la crisis económica del 2008<sup>(81)</sup>, siendo necesario que, en el caso concreto, se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual, así como se valoren los factores concurrentes ya puestos de relieve por el Tribunal Supremo, como el conocimiento del sector por el contratante o el carácter especulativo de la operación<sup>(82)</sup>.

## 6. AUTOPROMOCIÓN INDIVIDUAL

### 6.1 Caracteres

Como hemos puesto de manifiesto, normalmente la adquisición de vivienda por parte de un particular se articula a través de un contrato de

---

(79) La aplicación de la cláusula «rebus» a estos supuestos de compraventa de viviendas afectadas por la crisis exige, a juicio del Tribunal Supremo, la valoración de un conjunto de valores, como «el destino de la casa comprada a vivienda habitual o, por el contrario, a segunda residencia o a su venta antes o después del otorgamiento de la escritura pública; la asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para obtenerla, distinguiendo entre contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean; la situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar; el grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general, debiéndose valorar también, en su caso, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para conceder financiación; o en fin, las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor y, por tanto, de mantener el contrato como alternativa preferible a su ineficacia».

(80) Entre otras, por las SSTs 30 junio 2014 (RJ 2014, 3526), 15 octubre 2014 (RJ 2014, 6129), 24 febrero 2015 (RJ 2015, 1409). En las dos primeras, se entendió aplicable la cláusula rebus si bien no en el marco de contratos de compraventa inmobiliaria; mientras que en la de 15 octubre 2014 se descartó su aplicación, tras el análisis de las circunstancias concurrentes.

(81) Así, las SSTs 24 febrero 2015 (RJ 2015, 1409), 30 abril 2015 (RJ 2015, 1363), 15 enero 2019 (RJ 2019, 146), 5 abril 2019 (RJ 2019, 1360).

(82) LÓPEZ MARTÍNEZ ACACIO, P., y DEL RÍO GALEOTE, A., *La Rebus Sic Stantibus en tiempos de pandemia: análisis general por sectores económicos*, Valencia, 2021, consultado en Tbl 8370247.

compraventa de edificación ya acabada o en construcción. Sin embargo, es posible también que se recurra al contrato de obra inmobiliaria, cuando una persona física, propietaria o titular de un derecho sobre el suelo que le permite edificar, encarga, como comitente, la construcción a un profesional o empresario, reservándose la decisión sobre los elementos esenciales del proceso de edificación, para satisfacer su necesidad de vivienda. Estamos ante la figura de lo que se conoce como autopromotor individual<sup>(83)</sup>.

Este contrato puede también concertarse no solo para que el constructor inicie *ex novo* la construcción de una edificación, sino para que eleve una ya existente o para que la reconstruya o rehabilite. El contrato de obra inmobiliaria es un contrato traslativo del dominio al comitente, si bien habrá que distinguir en función de quien aporta los materiales. Si son aportados por quien encarga la obra, se entiende que la obra le pertenece desde el principio, conforme se va incorporado al suelo por accesión. Si son aportados por quien ejecuta la obra, la propiedad de la obra conforme se va realizando pertenece al contratista, transfiriéndola al comitente cuando le sea entregada.

Varias cuestiones plantea el supuesto que nos ocupa: en primer lugar, si el comitente –autopromotor individual– actúa como promotor a los efectos del artículo 9.1 LOE, y el resto de obligaciones que le impone la Ley; en segundo lugar, si puede ser considerado el autopromotor individual, en cuanto comitente, consumidor durante el proceso de edificación, frente a un contratista empresario, atendiendo al concepto contemplado por el artículo 3 LGDCU, permitiendo dicha calificación la aplicación de la normativa protectora de consumidores y usuarios.

## 6.2 El autopromotor como comitente y consumidor

Así, ha sido controvertida en la jurisprudencia la consideración del autopromotor como consumidor y usuario, aun cuando la vivienda esté destinada al uso propio, y, por tanto, actúe con un propósito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Como posible razón a esta resistencia por la jurisprudencia se ha alegado que el reconocimiento, como comitente o dueño de la obra, de un poder de dirección sobre la obra y de un derecho de desistimiento conforme al artículo 1594 CC ha impedido su consideración como parte débil de la contratación, idea que abona la propia

---

(83) Vid. por todos, MILÀ RAFEL, R., *Promoción inmobiliaria, autopromoción y cooperativas de viviendas*, 1.ª ed., 2014, Cizur Menor (Navarra), 2014, consultado en Thomson Reuters Proview.

distribución de riesgos en caso de pérdida o destrucción de la obra atendiendo a los artículos 1589 y 1590 CC<sup>(84)</sup>.

Pese a tales pronunciamientos, me inclino con la mejor doctrina<sup>(85)</sup> en que debe ser considerado consumidor si actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional (art. 3 LGDCU), debiéndose aplicar la normativa protectora de consumidores cuando el contratista tiene la condición de empresario, por lo que deberán ser de aplicación las normas relativas a la información precontractual, documentación contractual y demás exigencias en relación con el contrato de compraventa (arts. 60, 61, 63 o 64 LGDCU), así como las de cláusulas abusivas.

Como ya fue puesto de manifiesto, también en el contrato de obra debe fijarse precio cierto (cfr. artículos 1544, 1588 CC), esto es, debe estar determinado o, al menos, ser determinable en el momento de la celebración del contrato, pudiendo fijarse sin necesidad de nuevo convenio (art. 1273 CC), al ser el contrato de obra un contrato conmutativo y no aleatorio. En particular, cabe destacar que las cláusulas son calificadas de abusivas las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor o usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente pactado» (art. 85.10 LGDCU)<sup>(86)</sup>. Así, no podrá imputarse al comitente consumidor un aumento de precio de la obra debida a una modificación del proyecto para adecuarse a la normativa urbanística, o a cualquier otra causa debida a una falta de previsión del contratista, debiendo asumir entonces su coste por pertenecer a su ámbito de control. Cuando dicho aumento se deba a razones objetivas se debe permitir al consumidor resolver el contrato lo que conduce a resultados insatisfactorios para el interés del contratista inmobiliario<sup>(87)</sup>.

Además, conforme al artículo 1593 CC, cuando la obra se encargue por precio alzado, no puede el contratista pretender un aumento del precio, aunque haya aumentado el de los jornales o materiales; pero podrá hacerlo cuando se haya hecho algún cambio en el plazo que produzca un aumento de obra, siempre que el propietario lo hubiese autorizado.

---

(84) PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «La protección del comitente como consumidor», *ADC*, vol. 65, abril 2012, pp. 682-683; DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La formación del contrato de obra», *op. cit.*, pp. 518-519.

(85) PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *op. cit.*, pp. 682 ss.; DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La formación del contrato de obra», *op. cit.*, p. 520; ALBIEZ DORHMANN, J. K., «Comentarios al artículo 1588», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VIII, Valencia, 2013, p. 11220; MILA RAFEL, R., *Promoción inmobiliaria...*, *op. cit.*

(86) *Vid. supra*. En este sentido, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «La protección del comitente...», *op. cit.*, pp. 685 y 687.

(87) PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «La protección del comitente...», *op. cit.*, pp. 692.

### 6.3 La exención del autopromotor individual de la obligación de asegurar la responsabilidad decenal

La cuestión de si el autopromotor individual se configura como promotor a los efectos de la aplicación de la LOE queda resuelta por el artículo 9.1, que incluye también a la persona física que, de manera individual, «decide, impulsa, programa y financia,... las obras de edificación para sí», y, por tanto, aunque sea para satisfacer sus necesidades personales de vivienda, sin intención de revender o poner en el mercado la edificación resultante<sup>(88)</sup>, a diferencia de lo que sucedía con la jurisprudencia anterior a la LOE que, a efectos de afirmar la responsabilidad por ruina «ex» artículo 1591 CC, excluía al autopromotor individual de la condición de promotor, por no actuar con ánimo de lucro ni con la finalidad de transmitir las edificaciones a terceros<sup>(89)</sup>.

En su redacción originaria, la LOE exigía la contratación de un seguro decenal de daños para todas las edificaciones cuya licencia de obras se solicitara a partir del 6 de mayo de 2000 y, por tanto, comprendiendo también los supuestos de autopromoción individual para uso propio<sup>(90)</sup>.

Sin embargo, la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social dio una nueva redacción a la Disposición adicional segunda de la LOE, añadiendo un nuevo párrafo a su número uno, e incorporando una excepción a la regla general de la obligatoriedad del seguro de daños, seguro de caución o garantía financiera para garantizar durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por defectos estructurales (art. 19.1 c), en el supuesto de «autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio». No obstante, en caso de transmitirse «inter vivos» la vivienda dentro de dicho plazo el autopromotor, salvo pacto en contrario, deberá contratar dicha garantía por el tiempo que restase hasta los diez años. Además, se prevé que «no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión “inter vivos” sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo

---

(88) Crítica esta asimilación, entre otros, ALGABA ROS, S., *op. cit.*, p. 22. En cambio, califican al autopromotor como promotor conforme a la LOE MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.<sup>a</sup> T., *op. cit.*, p. 63; ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2011, pp. 772 ss.; CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.<sup>a</sup> C., *Derecho de la construcción y la vivienda...*, *op. cit.*, p. 488.

(89) MILÁ RAFEL, R., *Promoción inmobiliaria...*, *op. cit.*

(90) *Vid.* PACHECO JIMÉNEZ, M.<sup>a</sup> N., «Resolución de la DGRN 11 de noviembre de 2010 (RJ 2011, 689). Seguro decenal (de daños o de caución). Exoneración de suscripción en el supuesto de autopromoción de una única vivienda unifamiliar para uso propio», *CCJC*, núm. 86/2011, consultado en BIB 2011/875.

que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese exonerado por el adquirente de la constitución de la misma» (cfr. artículo 20 LOE).

La lectura de dicho párrafo ha suscitado varias dudas, como la de qué ha de entenderse por vivienda unifamiliar de «uso propio». En este sentido, la DGRN ha precisado que tal exoneración exige un doble requisito: subjetivo y objetivo, pues debe tratarse de un «autopromotor individual» y, además, de una «única vivienda unifamiliar de uso propio», cuyo concepto se determina por el uso a que se destina, siendo indiferente que se trate de primera o segunda vivienda, y aunque se trate de meramente temporal<sup>(91)</sup>, mientras no pretenda estar destinada originariamente a posterior enajenación, entrega o cesión a terceros por cualquier título<sup>(92)</sup>.

Además, se exige que, en cuanto hecho futuro, en la escritura de declaración de obra nueva se contenga la manifestación de que se trata de la construcción de una sola vivienda unifamiliar impulsada por persona física que, además, vaya a destinarla a uso propio<sup>(93)</sup>, cuya acreditación, de otra parte, no se exige, bastando que no resulte contradicha por el contenido de la licencia municipal, lo que en la práctica puede propiciar algún fraude<sup>(94)</sup>.

Se ha cuestionado también si el concepto de «autopromotor individual» comprende a las personas jurídicas, que podrían ser titulares de una «única vivienda unifamiliar de uso propio», quedando así excluidas de la obligación de contratar un seguro de daños al que se refiere el artículo 19.1 c) LOE. Así lo ha mantenido la DGRN, en algunas de sus Resoluciones, que ha llevado a cabo una interpretación amplia de dicho concepto, argumentando que las personas jurídicas son, en última instancia, «una sola entidad, son individuales siguiendo un criterio numérico»<sup>(95)</sup>, lo

(91) Resolución-Circular de la DGRN 3 diciembre 2003, RDGRN 5 abril 2005 (RJ 2005, 3484).

(92) RDGRN 22 julio 2010 (RJ 2010, 4878) y 21 agosto 2011 (RJ 2011, 7299).

(93) RRDGRN 28 octubre 2004 (RJ 2004, 7808) y 6 abril 2005 (RJ 2005, 3485). Fuera de este supuesto no puede dispensarse el cumplimiento del requisito legal del seguro con base en la mera renuncia del titular inicial o adquirente, [RRDGRN 22 julio 2010 (RJ 2010, 4878) y 21 agosto 2011 (RJ 2011, 7299)].

(94) ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, op. cit., pp. 769-770.

(95) En tal sentido, la Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003 sostuvo que dicho concepto no debe interpretarse de manera rigorista, incluyendo también a la llamada «comunidad valenciana» para la construcción de edificios, cuando las condiciones arquitectónicas de la promoción de viviendas así lo permitan, y respecto de cada uno de los promotores que se asocien en cuanto a su propia vivienda unifamiliar para cuya construcción se han constituido en comunidad. En cambio, quedaría fuera de esta excepción la construcción de edificación por pluralidad de personas –titulares en régimen de comunidad ordinaria o proindiviso–, que no se considera un acto individual sino colectivo [RDGRN 22 julio 2010 (RJ 2010, 4878)]. En favor de una interpretación amplia *vid.* RRDGRN 9 julio 2003, 28 octubre 2004 (RJ 2004, 7808), 6 abril 2005 (RJ 2005, 3485), 26 agosto 2011 (RJ 2011, 7299).

que ha sido matizado por la doctrina<sup>(96)</sup>. En todo caso, la mayoría de las leyes autonómicas restringen a las personas físicas la figura del autopromotor individual.

Por último, si el autopromotor individual transmite «inter vivos» la vivienda familiar antes del transcurso del plazo legal de diez años y es exonerado por el adquirente de la constitución de la garantía deberá acreditar «haber utilizado la vivienda», lo que, a juicio de la DGRN, deberá hacerse por cualquier medio admitido en derecho (acta de notoriedad, certificado de empadronamiento, licencia de primera ocupación...), no siendo suficiente la manifestación de «uso propio» contenida en la escritura de declaración de obra nueva<sup>(97)</sup>.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DORHMANN, J. K., «Comentarios al artículo 1588», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VIII, Valencia, 2013, pp. 11215-11231.
- ALGABA ROS, S., «La LOE y la defensa de los adquirentes de viviendas: el retraso en la entrega», en Cañizares Laso, A. (dir.), *Estudios sobre Derecho de la Edificación*, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 21-49.
- ÁLVAREZ LATA, N., «La denegación a la compradora de la subrogación en el préstamo hipotecario: ¿constituye causa de resolución del contrato», *Revista CESCO*, núm. 4, 2012, pp. 99-117.
- ÁLVAREZ LATA, N., «Compraventa de vivienda», en Busto Lago, J. M., *Reclamaciones de Consumo. Materiales para la construcción de un Tratado de Derecho de Consumo*, 4.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 977-1055.
- BUSTO LAGO, J. M., *El control del cumplimiento de la legalidad urbanística en los contratos sobre vivienda: la compraventa de «vivienda» sin licencia*, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Madrid, 1995.
- CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.<sup>a</sup> C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 7.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra), 2012.

---

(96) Para MILÁ RAFEL, R., *Promoción inmobiliaria...*, *op. cit.*, solo tendrían cabida en tal concepto las personas jurídicas que actúan sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Sostiene ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 772, que está excluido de la obligación de otorgar el seguro decenal el autopromotor persona jurídica que realiza la construcción de vivienda para destinarla, por ejemplo, a la residencia de un ejecutivo y su familia.

(97) Así, las RRDGRN 28 octubre 2004 (RJ 2004, 7808) y 11 noviembre 2010 (RJ 2011, 689), comentada por PACHECO JIMÉNEZ, M.<sup>a</sup> N., *op. cit.*



- CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Consumo*, Cizur Menor (Navarra), 2023, consultado en BIB 2023/2365.
- CLEMENTE MEORO, M., *La obligación de pago del precio en la compraventa de inmuebles*, Barcelona, 2009.
- CLEMENTE MEORO, M., «El retraso y la resolución en la compraventa de inmuebles», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., y GARCÍA PÉREZ, C. L., *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 319-338.
- CORDERO LOBATO, E., «El promotor», en CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.<sup>a</sup> C., *Régimen jurídico de la edificación*, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- DE LA HAZA DÍAZ, P., «Perspectiva civil de la licencia de primera ocupación. Análisis jurisprudencial», en Cañizares Laso, A. (dir.), *Estudios sobre Derecho de la Edificación*, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 239-272.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La formación del contrato de obra», en Parra Lucán, M.<sup>a</sup> Á. (dir.), *Acceso a la vivienda y contratación*, Valencia, 2015, pp. 515-568.
- ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas en construcción*, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2011.
- *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*, Valencia, 2017, consultado en Tol 6.196.531.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.<sup>a</sup> C., «Normativa civil sobre vivienda como impulso del mercado inmobiliario», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2016, consultado en BIB 2016/257.
- «La constitución en mora y la resolución por incumplimiento contractual», en González Pacanowska, I. y García Pérez, C. L. (coords.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- LÓPEZ MARTÍNEZ ACACIO, P., y DEL RÍO GALEOTE, A., *La Rebus Sic Stantibus en tiempos de pandemia: análisis general por sectores económicos*, Valencia, 2021, consultado en Tol 8370247.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.<sup>a</sup> T., *La figura del promotor en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Cizur Menor (Navarra), 2002.
- MILÀ RAFEL, R., *Promoción inmobiliaria, autopromoción y cooperativas de viviendas*, 1.<sup>a</sup> ed., 2014, Cizur Menor (Navarra), 2014, consultado en Thomson Reuters Proview.
- PACHECO JIMÉNEZ, M.<sup>a</sup> N., «Responsabilidad por vicios constructivos de habitabilidad y responsabilidad por incumplimiento contractual: los ámbitos de aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación y el Código Civil. Comentario a la STS de 2 de febrero de 2018 (RJ 2018, 337), BIB 2018/13312.
- PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Navarra, 2004.
- «La protección del comitente como consumidor», *ADC*, vol. 65, abril 2012.
- REBOLLEDO VARELA, Á. L., «Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador por incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado. Fecha de entrega, calidades, superficies, escritura pública, inscripción regis-

- tral, cargas y gravámenes», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2005, BIB 2005/1096.
- RUBIO TORRANO, E., «Incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda en el plazo acordado», *Revista Aranzadi Doctrinal Civil-Mercantil*, núm. 9/2015, BIB 2014/4431.
- SERRA RODRÍGUEZ, A., «La imposición al consumidor de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en la compraventa de viviendas», en Cañizares Laso, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006.
- VERDERA SERVER, R., «Cláusula resolutoria y retraso en la entrega de la vivienda. Sentencia 13 noviembre 2013 (RJ 2013, 7821)», *CCJC*, núm. 95, 2014, consultado en Aranzadi Proview.



## C. Auto promoción. Cooperativas: adjudicación en propiedad y cesión de uso de vivienda. Otros supuestos<sup>(1)</sup>

**Ana Lambea Rueda**

*Profesora titular de Derecho Civil  
Universidad Complutense de Madrid  
alambear@ucm.es*

**Resumen:** *En este estudio se realiza un análisis de las Cooperativas de viviendas en nuestro ordenamiento jurídico, dentro de la regulación general de la persona jurídica cooperativa. Se presentan las cuestiones de especial interés de las Cooperativas de viviendas en la regulación estatal y autonómica en España, con una visión amplia y concisa de la compleja y excesivamente amplia regulación de esta figura; observando, desde inicio, sin embargo, la dificultad de resolver algunos problemas concretos. En particular, las especialidades de los supuestos de adjudicación en propiedad y cesión de uso, partiendo de la regulación y las diversas formas de transmisión y cesión del objeto, la vivienda, complementando el estudio con el enfoque jurisprudencial y doctrinal sobre la materia.*

**Palabras clave:** *Cooperativas, viviendas, propiedad, cesión de uso.*

---

(1) Este trabajo se enmarca en el desarrollo del Proyecto Proyecto Developing SustAI'nAbility (FEI-EU-23-02) Dir. María Amparo Grau Ruiz.

**Abstract:** *This study analyses housing co-operatives in our legal system, within the general regulation of the co-operative legal entity. It presents the issues of special interest of housing cooperatives in the state and regional regulations in Spain, with a broad and concise vision of the complex and excessively broad regulation of this figure; observing, from the outset, however, the difficulty of resolving some specific problems. In particular, the specialities of the cases of adjudication of ownership and transfer of use, based on the regulation and the various forms of transfer and assignment of the object, housing, complementing the study with the jurisprudential and doctrinal approach on the subject.*

**Keywords:** *Cooperatives, housing, property, transfer of use.*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Cooperativas de viviendas. 2.1 Visión general. 2.2 Cooperativas de viviendas en particular. 2.2.1 Aspectos básicos. 2.2.2 En particular, problemas relativos a la constitución, objeto, socios, órganos de gestión y control. 2.2.3 Particularidades del régimen económico, fases, transmisión de derechos y extinción. 3. Adjudicación en propiedad y cesión de uso. 3.1 Redacción normativa. 3.2 Adjudicación en propiedad de la vivienda cooperativa. 3.3 Cesión de uso de la vivienda cooperativa. 4. Otros supuestos. Construcción en régimen de comunidad. 5. Conclusiones. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

En este apartado se presenta el régimen y problemática de los supuestos de autopromoción colectiva. Por una parte, mediante las Cooperativas de viviendas, junto con otros supuestos de adquisición en comunidad sin personalidad jurídica.

Se pretende ofrecer una visión de la regulación de las Cooperativas de viviendas como personas jurídicas que desarrollan la autopromoción, y contribuyen a hacer que el derecho a la vivienda sea una realidad<sup>(2)</sup>. Se

---

(2) MILA RAFEL, R., *Promoción inmobiliaria, autopromoción y cooperativas de viviendas*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014. MERINO, S., y EXTEZARRETA, A., «Las cooperativas de vivienda como alternativa al problema de la vivienda en la actual crisis económica», *REVESCO* 113, 2014, p. 92-112. NASARRE AZNAR, S., «Cuestionando algunos mitos del acceso a la vivienda en España, en perspectiva europea», *Cuadernos de Relaciones Laborales* 35(1), 2017, pp. 43-69. «La política de vivienda y el Derecho Civil», en Muñoz Espada, E.; Nasarre Aznar, S.; Rivas Nieto, E., y Urquizu Cavallé, A. (Dir.), *Reformando las tenencias de la vivienda. Un hogar para todos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 185-241. MOREU CARBONELL, E. (2018), «El deber de destinar la vivienda a uso habitacional», En *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, Alonso Pérez, M. T (Dir.). Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, pp. 27-72. LAMBEA RUEDA, A: *Retos del Derecho civil. Derecho a la vivienda*. Dykinson, Madrid, 2022.

trata de un modo particular de adquisición de la vivienda habitual, de forma común y con personalidad jurídica, generalmente enfocado a las personas físicas. La vivienda habitual, en promoción a través de cooperativas, se adjudica finalmente en propiedad a los socios, o bien en régimen de cesión de uso. Unido a lo anterior, breves reflexiones sobre la autopromoción en régimen de comunidad, sin personalidad jurídica.

La metodología parte de las normas que afectan a la materia cooperativa en el ámbito de viviendas; todo ello aderezado con la visión jurisprudencial y doctrinal.

El estudio se estructura en tres partes:

- Cooperativas de viviendas.
- Adjudicación en propiedad y cesión de uso.
- Otros supuestos. Construcción en régimen de comunidad.

## 2. COOPERATIVAS DE VIVIENDAS

### 2.1 Visión general

Las Cooperativas son asociaciones de interés privado que, bajo la fórmula societaria, funcionan en el mercado como empresas, y persiguen el interés de sus miembros y/o el interés general. La condición asociativa y/o societaria de la Cooperativa ha generado un profundo y largo debate, optándose por la forma societaria, con particularidades según las clases; lo que no impide, en mi opinión, mantener su naturaleza asociativa, desde una perspectiva civil general, que se concreta en una forma societaria específica. El concepto de cooperativa podría referirse a grupos o asociaciones de personas, físicas o jurídicas, que se unen voluntariamente para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales comunes, mediante una empresa de propiedad conjunta y gestión democrática. Las cooperativas son sociedades mutualistas<sup>(3)</sup>, no sociedades de capital, dado que no hay lucro directo repartible entre los socios<sup>(4)</sup>, desarrollando una actividad económica al servicio de éstos; se rigen por el principio de puertas abiertas y su gestión es democrática mediante la autoorganización,

---

(3) BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid 2022, pp. 695 ss. PEINADO GRACIA, J. I., «Sociedades cooperativas y otros tipos mutualistas. Agrupaciones de interés económico» en Alonso Ledesma, C. (dir.), Fernández Torres, I. (coord.), *Derecho de sociedades*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 495-522.

(4) BASTIDAS DELGADO, O., ¡«Generar riqueza no contradice el no lucro de las cooperativas!»», en Gestión solidaria ISSN 1900 7906. Noviembre 2022. Año 197. Colombia.

sobre la base del socio como referente. Las Cooperativas forman parte de la Economía Social o Tercer sector, en él que la utilidad social tiñe la actividad económica.

La Constitución Española de 1978 incorporó a las cooperativas en su artículo 129, y guardó silencio sobre la competencia estatal. Los Estatutos de autonomía asumieron su competencia, e iniciaron la «maratón» legislativa. Ha de decirse que, en la actualidad, la doctrina se muestra favorable a su consideración mercantil de la cooperativa, sacrificando el debate con la pretensión de lograr una visión de conjunto más lógica en el entramado de la Ley estatal<sup>(5)</sup> y las diez y siete Leyes autonómicas vigentes. A esta diversidad se une el Reglamento 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea SCE, que fue desarrollado en España a través de la Ley 3/2011, de 4 de marzo, por la que se regula la sociedad cooperativa europea con domicilio en España, nacido como categoría añadida, ante la imposibilidad de llegar a un consenso para unificar el régimen de administración cooperativo a nivel europeo.

A nivel fiscal, la Ley 20/1990 de 19 de diciembre de Régimen Fiscal de Cooperativas incluye a las cooperativas de viviendas entre las protegidas, y no entre las especialmente protegidas. El legislador resuelve los problemas derivados de la escasa protección complicando el régimen jurídico –como ocurre con la LCOOP de Madrid–. Se mantiene la norma fiscal sin apenas modificaciones, modificaciones que serían deseables y han sido reclamadas desde la doctrina<sup>(6)</sup> y el sector cooperativo, especialmente ante un bien de primera necesidad, como es la vivienda.

Las cooperativas se clasifican en función de dos criterios<sup>(7)</sup>, el grado y la actividad desarrollada. Una de las actividades es la promoción,

---

(5) La Ley de Cooperativas estatal define las cooperativas desde una perspectiva asociativa-societaria, con rasgos de mercantilidad evidentes, que se tiñen y abarcan otras ramas del derecho en función de la actividad –civil en el caso de viviendas, laboral en el caso de trabajo asociado...–; incorporando los principios cooperativos de la Alianza Cooperativa Internacional ya citados.

Artículo 1. Es una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional, en los términos resultantes de la presente Ley. 2. Cualquier actividad económica lícita podrá ser organizada y desarrollada mediante una sociedad constituida al amparo de la presente Ley.

(6) Fajardo García, G. (coord.), *Cooperativas: régimen jurídico y fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011. NAVARRO GARCÍA, A., *Políticas fiscales para fomentar el acceso a una vivienda*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.

(7) En función del grado, las cooperativas se clasifican en cooperativas de primer grado o cooperativas de base –formadas por personas físicas, generalmente un mínimo de tres socios–, y cooperativas de segundo grado –formadas por al menos dos cooperativas–. En función de la actividad, las cooperativas se clasifican en cooperativas de trabajo asociado, consumidores y usuarios, viviendas,

construcción y/o adjudicación de viviendas, que da lugar a una clase de cooperativas específica: las Cooperativas de viviendas, cuyo estudio será el objeto de este apartado.

## 2.2 Cooperativas de viviendas en particular

### 2.2.1 Aspectos básicos

Este análisis de las Cooperativas de viviendas, partiendo de su inclusión en el Sector de la Economía social, toma como base principal la Ley de Cooperativas estatal 27/1999.

Las Cooperativas de viviendas<sup>(8)</sup> asocian voluntariamente a personas unidas por el fin común de obtención de una vivienda, para alojamiento temporal o permanente, constituyéndose como una persona jurídica independiente, aunque también pueden ceder viviendas a terceros no socios con ciertos límites previstos en la Ley. En nuestro país la fórmula más utilizada es la adjudicación en propiedad, mientras que en otros se han desarrollado más las cesiones de uso. La opción de cesión de uso de la vivienda se viene ofreciendo, tímidamente, como solución de hogar a diversos colectivos concretos, de forma exclusiva o intergeneracional: mayores, jóvenes, solteros...

---

agroalimentarias, de explotación de la tierra, de servicios, del mar, de transporte, seguros, sanitarias, de enseñanza y de crédito; aunque las denominaciones varían en cada norma estatal o autonómica.

También hay cooperativas integrales –actividad cooperativa doble o plural–, de iniciativa social –sin ánimo de lucro según ley– y mixtas –según afecte al derecho de voto la aportación de los socios–; así como cooperativas sin ánimo de lucro –esta clase genera confusión con relación a la ausencia general de lucro objetivo en la cooperativa–.

Doctrinalmente, las cooperativas suelen agruparse en una clasificación triple muy clarificadora, que incluso algunas normas incorporan: de proveedores, consumidores o mixta, en función de que ofrezcan a la cooperativa o reciban de ella, o ambas cosas.

Por otra parte, las Cooperativas pueden agruparse en cooperativas de segundo grado –formadas por al menos dos cooperativas de la misma clase–, en grupos cooperativos –formados por varias cooperativas cualquiera que sea su clase, una de ellas cabeza de grupo–, y en asociaciones de cooperativas como uniones (al menos 3 cooperativas de la misma clase); federaciones (cooperativas o uniones, al menos 10 cooperativas de distinta clase); confederaciones (al menos 3 federaciones de cooperativa de al menos 3 CCAA).

(8) En el sector de cooperativas de viviendas, las cooperativas transitan desde antiguo diferentes fórmulas en el acceso al objeto, y respecto de la naturaleza jurídica de la relación de la cooperativa con el socio, todas ellas exitosas: autoayuda, autoconstrucción, adjudicación en propiedad, cesión de uso ... Los tipos de Cooperativa de viviendas, en general, pueden responder a varios supuestos: acceso a la propiedad individual con disolución de la cooperativa en su caso, propiedad colectiva de todos los socios o de la Cooperativa con cesión del uso de la vivienda: bien alquiler simple, o alquiler-atribución, o bien cesión de usufructo o uso o habitación, cooperativa de crédito para la construcción, cooperativa de autoconstrucción o ayuda personal mutua con trabajadores de la construcción, cooperativa de rehabilitación de viviendas, y por último cooperativas de gestión de elementos y servicios comunes bien previa construcción o no.



Las cooperativas de viviendas se regulan como clase específica en todas las Leyes de cooperativas vigentes<sup>(9)</sup>. En algunas normas como clase separada, en otras como clase incorporada a las cooperativas de consumo, con regulación especial por razón del objeto. Esta disparidad no contribuye a una visión clara, y viene motivada por cuestiones fiscales, para lograr la aplicación de la condición de especialmente protegida. En los últimos tiempos, van cobrando cada vez más importancia, las fórmulas cooperativas cuyo objeto son no solo las viviendas, en régimen de cesión de uso, sino también otros servicios, requeridas por el sector cooperativo para solución de problemas habitacionales no resueltos. Parece que estas opciones garantizan un futuro dinámico para las cooperativas de viviendas.

La regulación aplicable a las cooperativas de viviendas es la de las propias normas cooperativas, y las normas de Derecho civil patrimonial. Así lo admiten los Tribunales en la práctica, remitiéndose los supuestos a normas civiles en el ámbito de la construcción y la vivienda, y aplicando la legislación específica de Cooperativas a las cuestiones puramente organizativas –ingreso, expulsión y baja, celebración de Asambleas, adopción de acuerdos...–.

### 2.2.2 *En particular, problemas relativos a la constitución, objeto, socios, órganos de gestión y control*

En la Ley 27/1999 las cooperativas de viviendas se incluyen entre las cooperativas de primer grado<sup>(10)</sup>, y generalmente funcionan como tales en

---

(9) Ley estatal de Cooperativas 27/1999 de 16 de julio y Leyes autonómicas: Ley 12/2015 de 9-7 de Cooperativas de Cataluña; Ley 9/1998 –Decreto Legislativo 2/2014 de 29-8– texto refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón; Ley 11/2019 de 20-12 de Cooperativas del País Vasco (modificación Ley 5/2021 de 7-10); Ley 5/1998 de 18-12 de Cooperativas de Galicia (modificación Ley 14/2011 de 16-12); Ley 14/2011 de 23-12 de Sociedades Cooperativas Andaluza (modificación Ley 5/2018 de 19-6); Ley 14/2006 de 11-12 de Cooperativas de Navarra; Texto refundido Decreto Legislativo 2/2015 de 15-5 de Cooperativas Valencia; Ley 2/2023 de 24-02, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid; Ley 4/2010 de 29-6 de Cooperativas del Principado de Asturias; Ley 4/2001 de 19-7 Cooperativas de La Rioja; Ley 6/2013 de 6-11 de Cooperativas de Cantabria; Ley 11/2010 de 4-11 de Cooperativas de Castilla-La Mancha; Ley 8/2006 de 16-11 de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia (modificación por Ley 4/2011); Ley 5/2023 de 8-3 de Cooperativas de las Islas Baleares; Ley 4/2002 de 11-4 de Cooperativas de Castilla-León (modificación Ley 2/2018).; Ley 9/2018 de 30-10 de Sociedades Cooperativas de Extremadura; Ley 4/2022 de 31-10 de Cooperativas de Canarias.

(10) Artículo 89 LCOOP: «Las cooperativas de viviendas asocian a personas físicas que precisen alojamiento y/o locales para sí y las personas que con ellas convivan. También podrán ser socios los entes públicos y las entidades sin ánimo de lucro, que precisen alojamiento para aquellas personas que dependientes de ellos tengan que residir, por razón de su trabajo o función, en el entorno de una promoción cooperativa o que precisen locales para desarrollar sus actividades. Asimismo, pueden tener como objeto, incluso único, en cuyo caso podrán ser socios cualquier tipo de personas, el procurar edificaciones e instalaciones complementarias para el uso de viviendas y locales de los socios, la conservación y administración de las viviendas y locales, elementos, zonas o edificaciones comunes

la mayoría de los supuestos. La regulación específica recoge algunas cuestiones con relación a: sujetos, objeto y ámbito de aplicación; adjudicación de propiedad o cesión de uso, viviendas, locales y resto de instalaciones comunes.

El ámbito territorial de la Cooperativa de viviendas vendrá delimitado en los Estatutos, conforme a lo dispuesto en el debatido artículo 2 de la Ley 27/1999; del que debe resaltarse que su redacción es «políticamente correcta».

La constitución de la cooperativa como persona jurídica requiere forma solemne mediante escritura pública de constitución, otorgada por todos los promotores ante notario, e inscripción constitutiva en el Registro de Cooperativas. Antes de la adquisición de la personalidad jurídica, solo puede actuar como cooperativa en constitución, generando responsabilidad solidaria de todos los que actúen en su nombre. En el momento de la constitución se otorgan los estatutos de la cooperativa, a los que la cooperativa recurrirá, por imperativo legal. La constitución y promoción, realmente cooperativa o no, ha generado muchos problemas de concepto y prácticos, al verse inmersa en el mundo de la promoción inmobiliaria encubierta y el control por parte de las empresas de gestión indirecta.

El objeto social de las Cooperativas de viviendas es proporcionar alojamiento y/o locales a las personas físicas o cierto tipo de personas jurídicas que precisen alojamiento para personas que dependan de ellas –entes públicos y entidades sin ánimo de lucro–<sup>(11)</sup>; Y procurar a cualquier tipo de persona edificaciones o instalaciones complementarias, suministros, servicios y/o rehabilitación de estos. Los locales, instalaciones y edificaciones complementarias, y en algún caso las viviendas, pueden enajenarse o arrendarse a terceros no socios<sup>(12)</sup>, en el supuesto de las viviendas en ocasiones con limitación<sup>(13)</sup>. Algunas normas autonómicas incluyen dentro de este tipo las cooperativas de construcción de plazas de aparcamiento para vehículos<sup>(14)</sup>. Efectivamente, puede admitirse que el objeto sea más o menos amplio, si bien no debería apartarse de la finalidad de la norma. Para el cumplimiento de su objeto social las cooperativas de viviendas pueden

---

y la creación y suministros de servicios complementarios, así como la rehabilitación de viviendas, locales y edificaciones e instalaciones complementarias».

(11) LCOOP. En algunas de las normas más recientes, como la Ley de Asturias 4/2010, artículo 153.3, se prevé, el uso y disfrute por el socio o sus familiares hasta el tercer grado de parentesco, como residencia habitual, para descanso o vacaciones, o como residencia de personas mayores o discapacitadas, adaptando la relación jurídica de alquiler con el familiar, en caso de viviendas de protección pública. También en la Ley Andaluza 14/2011, artículo 97.4; La Ley de Extremadura 9/2018, artículo 158, y la Ley de Madrid 2/2023, artículo 117.2.

(12) También desarrollado por la jurisprudencia.

(13) Ley de Castilla-La Mancha 11/2010, artículo 135.4 y Ley de Asturias 4/2010, artículo 153.3, –no más del 30 % de la promoción–.

(14) Ley Aragón 2/2014, artículo 84.8.



realizar las actividades y trabajos necesarios, con relación a la adquisición, parcelación y urbanización de los terrenos y la promoción y construcción de las edificaciones.

En ocasiones<sup>(15)</sup>, es posible que la cooperativa de viviendas pueda tener por objeto el desempeño de las funciones de administrador de las comunidades de propietarios, sometidas o no a la Ley de Propiedad Horizontal, construidas y adjudicadas o no en régimen cooperativo; aunque, en mi opinión, la compatibilidad de la LPH y la LCOOP es un tema que debería analizarse más en profundidad.

En algunos casos la Cooperativa de viviendas se ve impulsada en su actividad por el sector público. Así, se alude a la promoción de vivienda protegida por parte de cooperativas de viviendas que reúnan las condiciones requeridas por la normativa<sup>(16)</sup>. En otros supuestos, se les atribuye el derecho de adquisición preferente de terrenos de gestión pública para cumplir sus fines<sup>(17)</sup>, lo cual es especialmente interesante. Por seguridad, en ocasiones, se prevé la limitación a la compra de suelo, gestión, dirección y construcción, mientras no estén inscritos el 50 % de los socios<sup>(18)</sup>, y la celebración de convenios de colaboración<sup>(19)</sup>. El acceso al suelo y su precio complican el desarrollo cooperativo, por lo que es de interés favorecer el acceso al mismo. En la línea de fomento, algunas normas<sup>(20)</sup> permiten el recurso de las Cooperativas de viviendas al régimen de cooperativas de consumo, lo cual favorece la condición de cooperativa especialmente protegida desde el ámbito fiscal.

Es comúnmente aceptado, que la adjudicación o cesión de la vivienda o local puede ser adjudicación en propiedad o en régimen de cesión de uso mediante cualquier título admitido en derecho; esta referencia amplia resulta más positiva que la referencia excesivamente concreta a una figura en particular. Las normas también prevén una opción, de escaso desarrollo práctico, como es la cesión o permuta de vivienda o local con otros socios de cooperativas del mismo tipo.

Pueden ser socios de la cooperativa de viviendas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, incluso las comunidades de bienes. Los socios referidos son esencialmente los socios usuarios, que participan activamente en la actividad cooperativa, y deben cumplir los requisitos

(15) Ley de Cooperativas Valencia 2/2015, artículo 91.1.

(16) Ley Aragón 2/2014, artículo 84.9. Ley cántabra 6/2013, artículo 113.4.

(17) Ley Galicia 5/1998, artículo 120.5.

(18) Ley de Castilla León 4/2002, artículo 118.5.

(19) Ley de Madrid 2/2023, artículo 116.3.

(20) En general, como previsión estatutaria, Ley Andalucía 14/2011, artículo 97.2. En el caso de la Ley Madrid 2/2023 para los supuestos de cesión de uso de la vivienda.



exigidos en los Estatutos<sup>(21)</sup>, estableciéndose procedimientos de admisión, baja y expulsión; también puede haber socios de trabajo y colaboradores. En particular, en la LCOOP se indica que pueden ser socios<sup>(22)</sup> en las cooperativas de viviendas las personas físicas, entes públicos y entidades sin ánimo de lucro para la obtención de los alojamientos. También la LCOOP prevé la cesión a terceros en ciertos supuestos –enajenación o arrendamiento de locales, instalaciones y edificaciones complementarias–; y el destino del importe obtenido de la cesión se decidirá en Asamblea. Algunas normas autonómicas, acertadamente en mi opinión, incorporan un artículo específico sobre el régimen del socio<sup>(23)</sup>; y otras fijan expresamente el número mínimo de socios del total de las viviendas de la promoción<sup>(24)</sup>, o un número mínimo de socios<sup>(25)</sup>, o un número de viviendas no inferior a la mitad de los socios<sup>(26)</sup>; y en otras<sup>(27)</sup> se hace hincapié especial en el derecho de información y participación y sus garantías. La condición de socio es la base del régimen y requiere una regulación clara y concisa.

En las cooperativas de viviendas algunos socios usuarios participarán en la promoción, y otros se incorporarán después. En algunos casos habrá aspirantes a socios, que deben esperar a que haya una vacante, si ya no quedaran plazas libres en la cooperativa, que, en ocasiones, y de forma más precisa, son llamados socios no adscritos a una promoción, o socios expectantes<sup>(28)</sup>; se agradecería mayor presencia de esta figura, especialmente en los casos de viviendas de promoción y protección pública. En muchas normas se restringe la posibilidad de ser titular de más de una vivienda<sup>(29)</sup>. Las fases temporales por las que atraviesa el socio en la vida cooperativa, aunque, desgraciadamente, ninguna Ley lo indica de forma

---

(21) En algún caso, se prevé el recurso a expertos jurídicos en la materia, como en la Ley País Vasco 11/2019, artículo 119.3: *«El cumplimiento de los requisitos para adquirir la condición de socia o socio deberá ser dictaminado favorablemente por el letrado o letrada asesora, excepto en las promociones de viviendas de protección pública.»*

(22) Las normas autonómicas como la Ley Aragón 2/2014, artículo 84, son similares, incluyendo la posibilidad de que varios titulares de una vivienda adquieran la condición de socio, con un único voto.

(23) Ley Galicia 5/1998, artículo 121; Ley de la Rioja 4/2001, artículo 120; Ley del País Vasco 11/2019, artículo 119; Ley de Canarias 4/2022, artículo 114.

(24) Ley 4/2001 de la Rioja, artículo 119.1. Número mínimo según el ámbito de la promoción en la Ley del País Vasco 11/2019, artículo 119.

(25) Cinco socios en la Ley 4/2002 de Castilla León, artículo 118.1.

(26) Ley de Cooperativas Valencia 5/2015, artículo 91.3.

(27) Ley de Madrid 2/2023, artículo 122.

(28) Socios no adscritos a promoción: Ley Castilla-La Mancha 11/2010, artículo 143, Ley de Asturias 4/2010, artículo 160, Ley de Extremadura 9/2018, artículo 162.3. Expectantes: Ley Canarias 4/2022, artículo 119.

(29) Salvo familias numerosas, con indica el 68.2 de la Ley 14/2006 de Navarra, aunque podrían citarse algunas otras.

expresa son: socio inscrito, socio con reserva o individualización de la vivienda, socio adjudicatario y socio propietario.

Los derechos y obligaciones atribuidos a los socios vienen determinados en la Ley y recogidos en los estatutos de la cooperativa, en lo que se viene a llamar el estatuto jurídico del socio<sup>(30)</sup> –con sus especialidades acerca de derechos, deberes y responsabilidad–, que la doctrina contempla como positivo. La responsabilidad del socio se limita a lo aportado al capital social, desembolsado o no; a lo que se une la responsabilidad directa por los resultados, bienes, servicios, obtenidos en el desarrollo de la actividad cooperativizada; responsabilidad mancomunada de cada uno según su vivienda, en base a la ratificación tacita de lo actuado<sup>(31)</sup>.

Los socios pueden causar baja en la cooperativa, lo que da lugar a una vacante que puede ser ofrecida a un aspirante de la lista de espera. La baja del socio puede ser voluntaria, justificada o no, u obligatoria, cuando el socio ha perdido los requisitos exigidos para ser socio. La Ley regula las condiciones y requisitos del derecho de reembolso del socio en caso de baja, que afecta al capital social y a las otras aportaciones a la actividad cooperativizada como podría ser la vivienda. El socio puede ser expulsado de la cooperativa en caso de cometer una falta muy grave previamente tipificada en los Estatutos, en un procedimiento que lleva a cabo el consejo rector, con posibilidad de recurso. Éstos fueron temas frecuentes en la jurisprudencia anterior a 2010, si bien actualmente su relevancia es menor, excepto con relación a la devolución y reembolso de cantidades. La LCOOP prevé la aplicación de deducciones hasta un máximo del 50 % a la devolución de cantidades para pago de viviendas y locales en caso de baja no justificada por incumplimiento del período de permanencia. Legalmente se requiere la sustitución por otro socio para proceder al reembolso de todas las cantidades, con un plazo determinado. Se trata de compatibilizar el interés de la cooperativa con el interés del socio, por lo que la jurisprudencia trata de modularlo, intentando que más allá del plazo legal el reembolso sea efectivo, con independencia de la sustitución<sup>(32)</sup>.

La normativa cooperativa también dedica diversos artículos al funcionamiento y gestión, con desarrollo general y especialidades en cada tipo de cooperativa. La gestión de las cooperativas es una gestión interna, con

---

(30) MORILLAS JARILLO, M.<sup>a</sup> J., *Las sociedades cooperativas*, Iustel, Madrid, 2008. Efectivamente hay derechos más litigiosos que otros, como es el caso del derecho de información en caso de subrogaciones hipotecarias en la hipoteca del promotor y la aplicabilidad de las cláusulas abusivas.

(31) STS 2012/34 de 12 de diciembre, aunque en este caso se pactó excepcionalmente la solidaridad.

(32) El TS indica que, transcurrido el plazo, con independencia de que haya o no otro socio, se procede al reembolso: STS 2020/1592 de 11 de junio.

órganos de gestión específicos de la persona jurídica, aunque se permite el recurso a gestión externa en algunas cuestiones, lo que, en la práctica, ha generado supuestos litigiosos. Son órganos de la cooperativa la asamblea general, el consejo rector y la intervención; y también actúan como órganos los promotores en la constitución, y los liquidadores en la extinción de la cooperativa.

La asamblea general es el órgano necesario de formación de la voluntad común de los socios<sup>(33)</sup> –bajo el amparo de: un hombre, un voto–, dedicada a la «Política general de la Cooperativa» y «cualquier otro asunto de interés» en materias que no supongan competencia legal exclusiva de otro órgano social. La asamblea da instrucciones o autorizaciones al consejo sobre determinados asuntos; y son de su competencia exclusiva, preceptiva e indelegable, determinados asuntos (sin sanción de nulidad). El presidente<sup>(34)</sup> y vicepresidente de la asamblea son los del consejo rector. En décadas pasadas, llegaban en mayor medida a los tribunales supuestos relativos a los acuerdos de la Asamblea y su eficacia con relación a socios disconformes; en la última década no tanto.

El consejo rector es el órgano colegiado necesario<sup>(35)</sup> de gestión de la cooperativa (gobierno, gestión y representación)<sup>(36)</sup>. La Ley regula la composición, elección, duración, cese y vacantes, así como las reuniones, especialmente importantes para la economía de la cooperativa,<sup>(37)</sup> el funcionamiento y la impugnación de sus acuerdos; también se regula conjuntamente la retribución, conflicto de intereses, incompatibilidades, incapacidad y prohibiciones y responsabilidad del consejo rector y la intervención –en algunas normas autonómicas, en línea con la LCOOP de 1974,

---

(33) En el desarrollo de la LCOOP anterior, de 1987, se observa mayor litigiosidad que en la actualidad.

(34) La actuación del presidente debe ser conforme a Ley y Estatutos. En ocasiones ha sufrido las consecuencias incluso penales de su actuación, llegando algunos supuestos al TS, por apropiación indebida de los administradores –STS 2010\7494 de 15 de septiembre–. En otras, la responsabilidad penal afectó a la promotora –STS 2016\1922 de 8 de marzo–, o la gestora de la cooperativa –STS 2019\3095 de 24 de mayo; STS 2016\1961 de 18 de marzo–. La jurisprudencia penal del TS ha conocido diversos supuestos de delitos de estafa y engaño –STS 2021\1052 de 3 de marzo–, y también de apropiación indebida –STS 2020\4964 de 14 de diciembre.

(35) Es necesario, salvo para las cooperativas con número de socios inferior a 10 que pueden tener un administrador único. Los consejeros deben de ser no menos de tres –presidente, vicepresidente y secretario –en algunas normas se fija no más de 15–. El consejo rector está compuesto por socios (excepcionalmente pueden formar parte expertos cualificados –sin exceder 1/3 de los consejeros totales–). El administrador único solo se admite en las cooperativas de menos de 10 socios.

(36) El consejo rector ostenta la representación de la cooperativa en todos los actos relacionados con actividades que integren el objeto social, según las facultades previstas en estatutos (no surten efectos frente a terceros las limitaciones estatutarias), acuerdos de asamblea o del consejo. La representación legal de la cooperativa corresponde al presidente del consejo y, puesto que los estatutos le atribuyen facultades, hay dudas y opiniones que afirman efectos frente a terceros de las limitaciones estatutarias sobre sus facultades.

(37) Es el órgano que se ocupa de la contabilidad y las cuentas anuales.

estas reglas últimas son específicas del Consejo rector<sup>(38)</sup>-. El consejo rector se ocupa de la gestión<sup>(39)</sup> de la cooperativa con sujeción a la Ley, los estatutos y la política general fijada por la asamblea (instrucciones y autorizaciones en determinados casos); y dispone además de vis atractiva de competencias (lo no reservado a otros órganos). En la Ley estatal se prevé que las cooperativas de viviendas restrinjan, bajo ciertos requisitos, la pertenencia al consejo rector en no más de una cooperativa, excluyendo la remuneración o compensación por el cargo de los miembros del consejo, que solo pueden ser resarcidos de los gastos ocasionados<sup>(40)</sup>. Se observa que estas reglas de prohibición e incompatibilidad han ido fluctuando y disminuyendo según las versiones de las normas, estatal y autonómica, en perjuicio de la seguridad jurídica.

El apoderamiento formal de cualquier persona, o del gerente o director<sup>(41)</sup> corresponde al consejo rector; y responde de su actuación ante el consejo. Es importante advertir que la gestión externa en las cooperativas de viviendas responde a este modelo, mediante el encargo, mandato o comisión a un sujeto único o a una empresa de gestión<sup>(42)</sup>. En algunos

---

(38) Ley de Castilla-La Mancha 11/2010, artículo 138.

(39) En particular, el consejo rector se ocupa de asuntos como: cuestiones sobre socios individuales –admisión, bajas, expulsión, derechos y deberes– o reunidos en Asamblea, administración del patrimonio de la cooperativa y gestión de la actividad económica.

(40) Se reitera en normas autonómicas, como es el caso de la Ley Navarra 14/2006, artículo 68, o la de la Rioja 4/2001, artículo 120.2, Ley de Murcia 8/2006, artículo 112.6, Ley de Castilla León 4/2002, art. 118.6, también en la citada de Castilla-La Mancha.

(41) La decisión acerca del nombramiento de consejeros, interventores, liquidadores... es competencia exclusiva de la asamblea –este supuesto también debe serlo-. El director o gerente es una figura voluntaria y facultativa, que la Ley regula con mayor o menor detalle según los casos, no es un órgano cooperativo, y su relación con la cooperativa es contractual: laboral, servicios, mandato...; y generalmente se ocupa de la actividad diaria.

(42) Efectivamente, pueden cederse tanto la gestión interna de la cooperativa como la externa, frente a terceros, con el límite de los acuerdos que precisan ser adoptados necesariamente por la asamblea general y la representación legal de la cooperativa. En algunas leyes se prevé la delegación del consejo en una comisión ejecutiva o dos consejeros delegados mancomunados. Algunas cuestiones de la gestión externa de la cooperativa pueden delegarse en personas físicas: gestores individuales, o personas jurídicas: empresas de gestión, mediante las relaciones jurídicas de intermediación, mediación, comisión o mandato, contrato de servicios, o contrato innominado de gestión con contenido amplio y variado.

Algunas normas autonómicas, como la Ley Aragón 2/2014, artículo 85.1, prevé y regulan la contratación de empresas gestoras, con alusión a su independencia, capacidad de decisión y responsabilidad; también la Ley de Madrid 2/2023, artículo 118, denominado «empresas prestadoras de servicios de gestión y asesoramiento». Otras, como la Galicia 5/1998, en su artículo 10.4, no permiten la cesión de la gestión a terceros por ningún título, salvo acuerdo de 2/3 en Asamblea, sin perjuicio de admitir el recurso a expertos de forma puntual.

La Ley País Vasco 11/2019, incluye el apoderamiento a terceras personas, excluyendo que afecte a la totalidad o cuestiones básicas de la promoción, y exigiendo la inscripción del poder en el Registro de Cooperativas de Euskadi, previo dictamen favorable del letrado asesor.

La jurisprudencia penal ha conocido irregularidades cometidas por gestoras, dando lugar a supuestos de apropiación indebida, estafa, como el caso tan conocido de PSG-PSV, y otras – STS 2016\1922 de 8 de marzo; STS 2015\3655 de 10 de junio.

casos, las normas autonómicas<sup>(43)</sup> prevén una detallada regulación específica de control de la gestión, en la contratación, incompatibilidades, poderes, atribuyéndole la responsabilidad del promotor inmobiliario, como así ocurría en normas históricas del cooperativismo. Se incluyen, incluso, previsiones cuasi reglamentarias, en artículos específicos para las cuestiones de promoción<sup>(44)</sup>. Una correcta remisión y aplicación de normas generales del CC y la LOE, y su interpretación, parece que serían suficientes, como sucede con otros participantes en la construcción<sup>(45)</sup>.

Por otra parte, es especialmente interesante la intervención<sup>(46)</sup>, como órgano de fiscalización de la cooperativa, con funciones legales y estatutarias; que censura las cuentas anuales y el informe de gestión previamente a la aprobación por la asamblea general. En las cooperativas de viviendas, antes de la presentación de cuentas a la Asamblea para ser aprobadas, la Ley estatal requiere además una auditoría externa en varios supuestos: número de viviendas y locales superior a un número mínimo –por ejemplo, 50 o incluso 20 –, existencia de fases o promociones económicamente diferenciadas, poderes de gestión otorgados a personas físicas o jurídicas distintas del Consejo Rector, previsión estatutaria o por acuerdo de la Asamblea. Como particularidad, puede citarse que, en alguna norma autonómica, se prevé el nombramiento de un letrado asesor de la cooperativa, que dictamine cuestiones relacionadas con la admisión, contratos de gestión y edificación, y otras según estatutos, lo cual redundaría en un mejor funcionamiento de la gestión cooperativa. También debe citarse el comité de recursos, como órgano<sup>(47)</sup> facultativo, no obligatorio, previsto en los estatutos de la cooperativa, para la tramitación y resolución de sanciones impuestas a los socios.

### 2.2.3 Particularidades del régimen económico, fases, transmisión de derechos y extinción

Con relación al régimen económico de la cooperativa, pueden y deben diferenciarse los siguientes conceptos: el capital social obligatorio, las cuotas de ingreso y los pagos para obtención de servicios y bienes. En

(43) Ley de Castilla León 4/2002, artículo 118.7.

(44) Ley de Madrid 2/2023, artículo 121.

(45) Arquitectos, empresa constructora, que responden en base a la LOE, artículo 17, y el CC, artículo 1591, por negligencia el primero, vicios de la construcción y daños y perjuicios la segunda.

(46) Está formado por socios, y también pueden ser miembros expertos independientes hasta un máximo de un tercio.

(47) Está formado por socios. Sus acuerdos son inmediatamente ejecutivos y definitivos, susceptibles de impugnación, como si hubieran sido dictados por la asamblea –órgano encargado de la resolución de recursos si no hubiera sido designado el comité de recursos–.

función de la actividad cooperativa, cada socio genera una cuenta particular según su participación en dicha actividad, iniciada con las entregas a cuenta para la vivienda, que no forman parte del capital social<sup>(48)</sup>.

A diferencia de la LCOOP, algunas normas autonómicas<sup>(49)</sup> prevén expresamente el aseguramiento o aval bancario de las cantidades aportadas a cuenta de las viviendas –en línea con la Ley 57/1968–. En algunos casos<sup>(50)</sup> se llega a establecer un artículo específico de garantías especiales, que deben incluirse en los estatutos de la cooperativa. Debe resaltarse que la aplicación de la Ley 57/1968 y la disposición adicional primera de la LOE a las cooperativas de viviendas ha generado jurisprudencia abundante. Los principales problemas y principios expuestos por el Tribunal Supremo son: la irrenunciabilidad de los derechos legales; la inaplicación de los derechos a los socios que sean entidades mercantiles con finalidad no residencial –salvo pacto expreso con efectos inter partes<sup>(51)</sup>–; el ingreso de las entregas a cuenta en cuentas especiales<sup>(52)</sup> y garantizadas, que generan intereses remuneratorios<sup>(53)</sup>, no moratorios, desde la entrega; la eficacia

---

(48) Entregas a cuenta a las que se aplican las deducciones por inversión en vivienda habitual del artículo 68 Ley IRPF según la jurisprudencia, sala contencioso-administrativa del TS.

Artículo 52 LCOOP. «Los bienes de cualquier tipo entregados por los socios para la gestión cooperativa y, en general, los pagos para la obtención de los servicios cooperativizados no integran el capital social y están sujetos a las condiciones fijadas y contratadas con la sociedad cooperativa».

(49) Ley Aragón 2/2014, artículo 85.5, Ley Galicia 5/1998, artículo 122. Además de esto, en la Ley de Cooperativas Valencia 5/2015 se incorpora la posibilidad de que el socio, desde el momento de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal, queda facultado para exigir la constitución de hipoteca de máximo en garantía de las cantidades pendientes de entregar hasta la adjudicación de la vivienda, corriendo con los gastos. También en la Ley País Vasco 11/2019, artículo 119.4, que se remite a la LOE 38/1999. La Ley de Canarias 4/2002, por su parte, dispone de un artículo específico de garantías especiales, el 118.

Y en algunos casos la limitación de aportaciones antes de la compra del suelo –no más el 3% en Aragón, artículo 85.6–, así como ciertos plazos –excepcionalmente prorrogables y con sanción de disolución o descalificación de la cooperativa– como plazo máximo de tres años desde la inscripción hasta ese momento de adquisición del suelo, y el plazo máximo de cinco años hasta la edificación.

(50) Ley Castilla-La Mancha 11/2010, artículo 141, y Ley de Asturias 4/2010, artículo 158.

(51) La Ley 57/1968 no se aplica a profesionales que adquieren viviendas como inversión (en este caso, incluso con pacto de sumisión, el banco avalista es un tercero en el pacto). STS 2020/5273 de 10 noviembre.

(52) Bastantes sentencias indican que, si los ingresos no están identificados, la pérdida de estos no es responsabilidad de la entidad bancaria. Es importante que haya conocimiento por parte de la entidad bancaria. La doctrina jurisprudencial se fijó en la STS 733/2015 de 21 de diciembre, citada por la STS 2019/2801 de 9 de julio, FD 5.º, que cita a su vez las siguientes: «*sentencia 502/2017, de 14 de septiembre ... sentencias 420/2016, de 24 de junio, 436/2016, de 29 de junio, y 675/2016, de 16 de noviembre, además de la ya citada 102/2018, de 28 de febrero*», también citadas en STS 2018/4164 de 19 de septiembre, FD 5.º Si el ingreso se realiza por otra entidad, sociedad mercantil intermediaria, la entidad bancaria no tiene por qué conocer la procedencia del dinero.

(53) Así, en STS 2013/5931 de 13 de septiembre, y STS 206/3562 de 12 de julio, que comenté: LAMBEA RUEDA, A. (2017). ¿Puede un socio resolver su contrato de adquisición de una vivienda en forma cooperativa cuando el promotor incumple sus obligaciones legales sobre las cantidades anticipadas para la construcción? Comentario a la STS de 12 de julio de 2016, RJ 3562. *CIRIEC – España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, 31, 367-376.

de la garantía en caso de incumplimiento de la obligación de construcción y entrega, respondiendo la entidad bancaria y el asegurador; la responsabilidad solidaria del promotor si es un tercero externo y conocía la situación. La entidad garante avalista o aseguradora responde de todas las cantidades anticipadas<sup>(54)</sup>, mientras que las entidades de crédito responden del incumplimiento de su deber de control sobre los ingresos, siempre que conocieran que son ingresos a cuenta de vivienda, como responsabilidad contractual, derivada del negocio de constitución de la cooperativa<sup>(55)</sup>, si no se ingresan en cuenta especial y no se garantizan y la construcción no «llega a buen fin»<sup>(56)</sup>. También se entiende que responde la gestora<sup>(57)</sup> por ausencia de garantía de las aportaciones y defectos de información, en aplicación de la disposición adicional primera de la LOE.

Como cuestión propiamente cooperativa, la Ley estatal atribuye el llamado retorno cooperativo a los socios por los excedentes generados en la actividad empresarial, en proporción a actividad cooperativa del socio. El retorno cooperativo ha sido analizado por la doctrina como especialidad

---

(54) El avalista responde por incumplimiento del plazo de entrega, y antes de la fecha de inicio de construcción entregará las cantidades al socio que lo reclame: STS 2021\1471 de 29 marzo.

(55) Así en STS 838/2023 de 30 mayo, FD 7.º: *La jurisprudencia aplicable a los tres motivos del recurso es la sintetizada, entre otras, por la sentencia 24/2021, de 25 de enero, citada por las posteriores 574/2021, de 27 de julio SIC, y 883/2021, de 20 de diciembre, según la cual: «Es doctrina jurisprudencial reiterada a partir de la sentencia 733/2015, de 21 de diciembre, que el tribunal sentenciador demuestra conocer; que mientras la entidad garante (avalista o aseguradora) responde de todas las cantidades anticipadas, incluyendo sus intereses, sin que proceda respetar los límites cuantitativos del aval o de la póliza de seguro, y sin que su responsabilidad respecto de las cantidades anticipadas previstas en el contrato dependa de que se ingresen o no esas cantidades en una cuenta bancaria ni del carácter de la cuenta en que se ingresen, al ser una responsabilidad que solo requiere que se hayan hecho entregas a cuenta del precio de cantidades previstas en el contrato y que el promotor haya incumplido su obligación de entregar la vivienda (sentencias 8/2020, de 8 de enero, 6/2020, de 8 de enero, y 653/2019, de 10 de diciembre), por el contrario la responsabilidad de las entidades de crédito conforme al artículo 1-2.º de la Ley 57/1968 no es una responsabilidad “a todo trance a modo de garante superpuesto siempre al avalista o asegurador”, sino que nace del incumplimiento de su deber de control “sobre los ingresos en cualesquiera cuentas del promotor” en la propia entidad de crédito, siendo lo relevante si conoció o tuvo que conocer la existencia de esos ingresos a cuenta del precio de venta de viviendas sujetas a dicho régimen, lo que tiene lugar en cuanto advierta la posibilidad de que se estén recibiendo cantidades a cuenta por la compra de viviendas (entre las más recientes, sentencias 479/2020, de 21 de septiembre, 453/2020, de 23 de julio, y 147/2020, de 4 de marzo)». Conforme a dicha jurisprudencia los tres motivos del recurso han de ser desestimados porque la sentencia recurrida, al desestimar la demanda porque la cantidad reclamada no era un anticipo del precio sino una aportación obligatoria al capital social de la cooperativa, verdadera razón decisoria como ya se ha razonado al conocer de los motivos del recurso por infracción procesal, no infringe la doctrina jurisprudencial de que la responsabilidad establecida en el artículo 1-2.º de la Ley 57/1968 no es una responsabilidad “a todo trance” que convierta al banco que recibió cualquier cantidad de los compradores o cooperativistas en una especie de “garante superpuesto” al avalista o al asegurador para todo lo no cubierto por estos.*

(56) STS 2021\1790 de 2 de febrero.

(57) STS 2016\3562 de 12 de julio.

de la figura<sup>(58)</sup>. Y, antes de su reparto, alguna norma<sup>(59)</sup> requiere ciertos porcentajes mínimos del total de la vivienda, solares o rehabilitación, para los fondos de reserva y de formación y educación.

En las Cooperativas de viviendas se regula la construcción por fases y promociones, con contabilidad independiente, autonomía de gestión y patrimonial, responsabilidad separada e independiente de cada fase con su patrimonio debidamente contabilizado, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial universal de la cooperativa, también aplicada por la jurisprudencia<sup>(60)</sup>, denominación específica, inclusión de datos de cada fase en los derechos inscritos en el Registro de la propiedad, Juntas especiales de socios— en el ámbito territorial delimitado por los estatutos—. En ciertos supuestos, legalmente previstos, se exige auditoría de cuentas<sup>(61)</sup>.

Por último, se regulan las especialidades sobre la transmisión de los derechos patrimoniales sobre vivienda o local «inter vivos» y «mortis causa» —plazos, reembolso, precio de tanteo y retracto—<sup>(62)</sup>. La LCOOP prevé un plazo para la transmisión de derechos de adquisición preferente —antes de 5 años y no más de 10 desde la licencia de primera ocupación o entrega de posesión de vivienda o local—. La Cooperativa recibe el ofrecimiento y lo oferta a los solicitantes de admisión como socios según antigüedad. El plazo para ejercitar el derecho de tanteo es de hasta tres meses; y en caso de realizarse la transmisión sin respetar el tanteo, cualquier solicitante de admisión como socio podrá ejercitar el derecho de retracto durante plazo máximo de un año desde la inscripción de la transmisión en el registro de la Propiedad o, en su defecto, de tres meses desde que el retrayente conociera la transmisión. No se aplican estos derechos de adquisición preferente en caso de transmisión a ascendientes, descendientes o cónyuge en caso de separación judicial o divorcio. Debe destacarse que sorprende la falta de alusión al cónyuge en algunos casos, y si en otros, en que se habla también de la transmisión «mortis

---

(58) ALONSO SOTO, F., *Ensayos sobre la Ley de Cooperativas*. Madrid 1990. MATEO BLANCO, J., *El retorno cooperativo*, Zaragoza 2003.

(59) Ley Cataluña 12/2015, artículo 124.

(60) STS 2011\6117 de 15 de julio.

(61) La actuación de la auditoría de cuentas en ocasiones no ha contribuido a resolver problemas. Se cuestiona, y es admitida por el TS, la responsabilidad extracontractual de los auditores de cuentas —art. 1902 CC— por auditoría deficiente e incumplimiento de normas de auditoría, que genera condena de promotor en proceso penal —STS 2012\7408 de 7 de junio en el caso PSV, FD. 6.º— y, responsabilidad civil extracontractual por informe deficiente, que no muestra irregularidades en la gestión social de la cooperativa de viviendas, con relación de causalidad entre su conducta y el daño —STS 2011\1550 de 15 de diciembre en el caso PSV—.

(62) Se entienden derechos de adquisición preferente sobre viviendas, no sobre otros inmuebles como las propias parcelas, como indica la jurisprudencia. Algunas normas, como la Ley cántabra 6/2013 distinguen estos derechos según la normativa sectorial de ayudas y subvenciones, y el resto no afectados por éstas, que se rigen por la Ley cooperativa.



causa» al cónyuge no separado, y en términos generales del conviviente, causahabiente<sup>(63)</sup>. Las normas autonómicas más recientes prevén reglas de compatibilidad de la transmisión de viviendas en caso de viviendas de protección pública<sup>(64)</sup>.

El devenir de cada cooperativa de viviendas es diverso<sup>(65)</sup> y, por supuesto, la cooperativa se extinguirá cuando se cumpla una causa de disolución<sup>(66)</sup>, que se decidirá en asamblea, convocada por el consejo, cumpliendo con las especialidades de adjudicación del haber social, y entrado en el período de liquidación correspondiente, seguido de la escritura pública de extinción inscrita en el Registro de cooperativas. Con relación a las causas y tiempos de disolución también se ha debatido en la doctrina, con reflejo normativo en ocasiones, sin llegar a una solución perfecta y única.

### 3. ADJUDICACIÓN EN PROPIEDAD Y CESIÓN DE USO

#### 3.1 Redacción normativa

En las cooperativas de viviendas, la vivienda, que podría ser local, plaza de garaje, despacho, se transmite en propiedad a los socios, o bien se les cede el uso, manteniendo la Cooperativa la propiedad de la edificación. Tanto la LCOOP como las normas autonómicas de cooperativas, salvo excepciones, han ido incorporando las opciones de adjudicación en propiedad y cesión de uso desde el inicio de la regulación postconstitucional, sin precisar demasiados detalles con relación a la cesión de uso.

---

(63) La Ley estatal 27/1999, la de la Rioja 4/2001 y la de Extremadura 9/2018 no incluyen al cónyuge, en cualquier caso; mientras la Ley Aragón 2/2014, en el artículo 84.7, y la de Castilla León, artículo 121.4, incluyen al cónyuge, en cualquier caso; y la Ley Galicia 5/1998, artículo 121, habla de los convivientes. La Ley de Canarias 4/2022, artículo 116 se refiere a los causahabientes.

(64) Ley País Vasco 11/2019, artículo 122.

(65) Como persona jurídica, la cooperativa puede sufrir procesos de fusión, escisión y transformación al igual que otras entidades, siempre ajustándose a las disposiciones legales de la Ley de Cooperativas.

(66) Son causas de disolución: el cumplimiento de plazo previsto, el acuerdo de más de 2/3 de socios en asamblea, la paralización de actividad durante dos años sin causa justificada con imposibilidad de reactivación, la reducción de socios o del capital por debajo del mínimo legal, la realización o imposibilidad de realización del objeto social, la fusión, absorción o escisión o cualquier otra causa legal o estatutaria. Y, según la Ley Galicia, artículo 120.4, la finalización de la ejecución de la promoción y entrega, y a los 6 años desde la licencia de primera ocupación salvo los casos de cesión de uso en que la Cooperativa retiene la propiedad de las viviendas, o excepciones normativas específicas. La Ley Cataluña 12/2015, artículo 123.6, exige cinco años o más según estatutos o convenios con entidades públicas, desde la transmisión de las viviendas o la última promoción. La Ley País Vasco 11/2019 y la Ley de Baleares 5/2023 también prevén la disolución tras la adjudicación contando con el plazo de responsabilidad por vicios ocultos.



# TRATADO DE DERECHO DE LA VIVIENDA

|                                               |                              |                                                       |                                                                                                    |                        |                                                  |                          |                        |                           |
|-----------------------------------------------|------------------------------|-------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------|--------------------------------------------------|--------------------------|------------------------|---------------------------|
| LC 27/1999<br>ESTATAL                         | CATALUÑA<br>LEY<br>12/2015   | PAÍS VASCO<br>LC 11/2019<br>LEY<br>VIVIENDA<br>3/2015 | C.VALENCIA<br>NA TR<br>DECRETO<br>LEGISLATIV<br>O 2/2015<br>modificació<br>n Decreto<br>Ley 4/2023 | BALEARES<br>LEY 5/2023 | GALICIA<br>LEY 5/1998<br>MODIF 2008<br>Y 14/2011 | ANDALUCÍA<br>LEY 14/2011 | MADRID<br>LEY 2/2023   | NAVARRA<br>LEY<br>14/2006 |
| Artículo 89                                   | Artículo 123                 | Artículo 118                                          | Artículo 91                                                                                        | Artículo<br>129/130    | Artículo 120                                     | Artículo 97              | Artículo<br>116/117    | Artículo 68               |
| ARAGÓN<br>TR Decreto<br>Legislativo<br>2/2014 | EXTREMADURA<br>LEY<br>9/2018 | CASTILLA<br>LA<br>MANCHA<br>LEY<br>11/2010            | CASTILLA<br>LEÓN<br>LEY 4/2002                                                                     | MURCIA<br>LEY 8/2006   | ASTURIAS<br>LEY 4/2010                           | CANTABRIA<br>LEY 6/2013  | LA RIOJA<br>LEY 4/2001 | CANARIAS<br>Ley 4/2022    |
| Artículo 84                                   | Artículo 158                 | Artículo 135                                          | Artículo 118                                                                                       | Artículo 112           | Artículo 153                                     | Artículo 114             | Artículo 119           | Art. 112                  |

Inicialmente, y en algunos casos posteriores, se contempló la adjudicación de la propiedad de la vivienda y la cesión de uso mediante cualquier título admitido en Derecho, sin que las normas añadieran nada más, salvo la remisión a los estatutos para el desarrollo del modelo<sup>(67)</sup>. Más adelante<sup>(68)</sup>, se incluyó la remisión en general a los estatutos, y también a los reglamentos de régimen interno o los acuerdos de asamblea. Algunas normas cooperativas recientes regulan en particular, y con más detalle, las opciones de

(67) Ley de Cooperativas de Castilla León 4/2002 de 11 de abril; Ley de Cooperativas de la Rioja 4/2001 de 2 de julio; Ley de Cooperativas de Navarra 14/2006 de 11 de diciembre; Ley de cooperativas de Murcia, 8/2006 de 16 de noviembre; Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha 11/2010 de 4 de noviembre; Ley de Cooperativas de Asturias, 4/2010 de 29 junio; Ley de Cooperativas de Galicia 5/1998 modificada por Ley 14/2011 de 11 de diciembre–, Ley de Cooperativas de Cataluña 12/2015 de 9 de julio; Ley de Cooperativas de Extremadura 9/2018 de 30 de octubre, Ley de Cooperativas de Cantabria 6/2013 de 13 de noviembre; TR de la Ley de Cooperativas de Aragón 2/2014 de 29 agosto; Ley de Cooperativas de Andalucía 14/2011 de 23 de diciembre; Ley de cooperativas de Canarias 4/2022 de 31 de octubre.

(68) Ley de Cooperativas del País Vasco 11/2019 de 20 de diciembre; y el TR de la Ley de Cooperativas Valencia 2/2015 modificado por Ley 4/2023 de 10 de marzo.

En algunas Comunidades Autónomas, la aplicación del modelo de cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso se ha basado en la autonomía de la voluntad, autorregulándose a través de los estatutos y las normas de régimen interior –ejemplo de ello son: Trabensol y Santa Clara–.



cesión de uso<sup>(69)</sup>, llegando incluso a prohibir la aplicación de la propiedad horizontal a estos supuestos, y de la propiedad, en los casos de cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso –viviendas y servicios– que funcionan como cooperativas de consumo<sup>(70)</sup>, y permitiendo que ambas opciones –propiedad y cesión de uso– coexistan en la misma cooperativa<sup>(71)</sup>. En otros casos<sup>(72)</sup>, la preocupación es más bien la propiedad cooperativa del edificio o conjunto inmobiliario, así como las cuestiones de las aportaciones económicas del cesionario –aportación al capital y cuotas periódicas– y transmisión del derecho. Recientemente se ha introducido, novedosamente, una regulación específica para las cooperativas de cesión de uso, en las que el propio vínculo societario es la base de la cesión de uso<sup>(73)</sup>. En todo caso, en mi opinión, la Ley debe de mantener la redacción genérica de que «el socio pueda acceder a la propiedad de la vivienda mediante la adjudicación, o bien utilizarla a través de cualquier medio admitido en derecho», sin concretar la referencia a contratos o derechos concretos, que limitarían el desarrollo práctico. Por otra parte, se advierte que, en los últimos tiempos, al margen de la normativa cooperativa, se regula la cesión de uso de viviendas en otras normas<sup>(74)</sup>.

---

(69) Ley de Cataluña 12/2015, artículo 123, Ley de Valencia 2/2015, artículo 91.3; Ley de Baleares 5/2023, artículo 130.

(70) Como es el caso de la Ley 2/2023 de cooperativas de Madrid. Si bien, desde el sector de cooperativas de consumo se advierte que éstas es una solución cuyo fundamento son las ayudas públicas –ayudas y requisitos tasados–, inmersas en debates políticos anticapitalistas y antiespeculativos.

(71) Ley Andalucía 14/2011, artículo 97.3.

(72) Ley del País Vasco 11/2019, artículo 118.3.

(73) Ley 5/2023 de Cooperativas de Baleares, de 8 de marzo. «Artículo 130. 3. El derecho de uso de la persona socia sobre espacio de uso privativo o dependencias susceptibles de aprovechamiento particular se configura como un derecho de naturaleza personal y societaria, y es intransmisible por actos *inter vivos* o *mortis causa*.» Con un artículo específico para la cesión de uso, el 130, además de la previsión general, en el 128 y 129, la Ley de Cooperativas de Madrid 2/2023.

(74) Puede y debe citarse, antes de cerrar este apartado, la Ley de Cooperativas Valencia que incorpora la vivienda colaborativa, promovida a través de asociaciones sin ánimo de lucro, o a través de cooperativas no lucrativas: Ofrece un derecho de uso de naturaleza societaria, no a través de un derecho real, a los socios, que evita la aplicación de la Ley de Propiedad horizontal, al considerar al edificio como un todo único, y no como pisos o locales susceptibles de propiedad privada. También es de interés la Ley de derecho a la vivienda de Castilla León de 2010, que incorporó el concepto de vivienda colaborativa protegida, y la cesión del uso de la vivienda mediante arrendamiento o precario – Modificado por el artículo 10.1 el D-L 2/2022 de 23 de junio: artículos 43 y 44, indicándose las cuestiones que requiere su calificación sin resolver cuestiones relativas al edificio como unidad, ni a la propiedad horizontal. Otras Comunidades Autónomas incorporan otras normas, que no son leyes sino resoluciones, en que se presenta el futuro desarrollo de estas opciones de cesión de uso: Canarias, con una Resolución de 2020 sobre el Plan de vivienda 2020/2025 –no en la Ley de 2018–. El supuesto previsto en la Orden de 2021 del País Vasco –art. 29– que refiere las ayudas al cohousing, y la cesión de uso de viviendas colaborativas a través de asociaciones no lucrativas o cooperativas –no en la Ley de 2015–. Se anuncian también las viviendas colaborativas como realidad futura en la modificación de 2022 de la Ley Foral Navarra de 2010 –art. 76–, y en Asturias en otras normas de habitabilidad –preámbulo artículo 2 Decreto 73/2018–. No hay referencias expresas en otras normas específicas de vivienda: Ley de Murcia 2015, Ley de Extremadura 2019, Ley de Cantabria 2014 y Ley de Baleares 2018.

### 3.2 Adjudicación en propiedad de la vivienda cooperativa

En el desarrollo práctico de la actividad cooperativizada, para la puesta a disposición de viviendas o locales e instalaciones comunes se utiliza, mayoritariamente, la adjudicación de la propiedad de la vivienda. Efectivamente, en mi opinión<sup>(75)</sup>, el desarrollo es el que se expone a continuación en los siguientes párrafos.

Los socios ingresan en la Cooperativa aportando cantidades periódicas al desarrollo de la actividad cooperativa. Estas cantidades integran la «masa de gestión económica común», de gestión cooperativa y titularidad común temporal de los socios, que no forma parte del capital social, pero está sujeta a las condiciones fijadas por la Cooperativa. El solar<sup>(76)</sup> y el edificio en construcción pertenecen en propiedad a la masa común, que posteriormente se divide mediante el reconocimiento, concreción y adjudicación de las viviendas a cada socio, dando paso a la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal. Entre la cooperativa y la comunidad hay dos relaciones, interna de gestión y formación de la voluntad común, y externa de representación frente a terceros.

Según sea el modelo de cesión de vivienda, la comunidad de gestión cooperativa se reparte entre los socios en el momento de la adjudicación, o se mantiene como propiedad de la Cooperativa, que cede el uso de las viviendas a los socios. Durante el período de construcción, la Cooperativa gestiona, bajo el modo de representación indirecta en nombre propio y por cuenta ajena, la masa común. Existen dos tipos de relaciones entre la cooperativa y el socio: la derivada del negocio jurídico de constitución de la cooperativa y la de representante con relación a la actividad cooperativa, la vivienda, frente a terceros; estas relaciones no son independientes, la condición de socio es principal, y lo relativo a ingreso y cese en la Cooperativa repercute directamente sobre la actividad cooperativa. Durante la etapa de promoción y construcción la representación indirecta produce efectos entre la Cooperativa y el tercero, obligaciones y acciones, no así sobre los derechos que recaen en el socio o representado. Con la adjudicación, la relación se modifica, lo que afecta no solo a los derechos, ya reconocidos en favor del socio, sino principalmente a las obligaciones y acciones, sumándose e incluso sustituyendo en algún caso el socio representado a la Cooperativa representante, en la relación con el tercero.

Las fases temporales por las que atraviesa el socio en la vida cooperativa, que afectan tanto a la relación social como a la masa de gestión común,

---

(75) En más detalle en: LAMBEA RUEDA, A., *Cooperativas de viviendas. Promoción, construcción y adjudicación de la vivienda al socio cooperativo*, 3.ª ed. Granada: Comares 2012.

(76) En ocasiones adquirido mediante permuta típica o atípica, a cambio de precio y piso.

y que, en mi opinión, la normativa podría precisar más, son: socio inscrito (cuota ideal), socio inscrito y con reserva o individualización de la vivienda (derecho subjetivo a una cuota concreta e individualizada), socio adjudicatario (título de reconocimiento de propiedad –división de comunidad y efecto de la representación), socio propietario (título unido a la entrega que transfiere la propiedad de la vivienda)<sup>(77)</sup>, sin contar la fase pre-cooperativa voluntaria, de aspirante o socio expectante.

Puede afirmarse el gran interés de las cooperativas de adjudicación de viviendas en propiedad por su desarrollo práctico, siempre que no se desvíe del modelo cooperativo, y que disponga de recursos: suelo y financiación, que apoyen la institución.

### 3.3 Cesión de uso de la vivienda cooperativa

A finales del siglo xx, comienzan a desarrollarse en España modelos de cooperativas en régimen de cesión de uso. La más antigua es la cooperativa «Santa Clara» de Málaga, y la más conocida, el proyecto de aplicación del modelo Andel en Cataluña<sup>(78)</sup>. También hay otros supuestos en País Vasco y en otras Comunidades Autónomas; Generalmente se centran en grupos de interés social, uniendo el aspecto residencial a los servicios complementarios al mismo, como Cooperativas de viviendas, integrales e incluso de consumo.

Advertir que, en mi opinión<sup>(79)</sup>, las cuestiones jurídicas relevantes ya anunciadas en el apartado anterior son similares, con alguna variación, en los casos de cesión de uso de la vivienda cooperativa. En los casos de cesión de uso, en función de quien sea propietario, los socios en conjunto o la Cooperativa, quizá alguna fase pueda subsumirse en otra y desaparecer (como la reserva), y el término adjudicación ser entendido como cesión de la

---

(77) Según el TS, en la STS 2010\1785 de 28 de diciembre, la adjudicación de la vivienda en propiedad puede producirse uniendo título a tradición –escritura pública, o traditio *brevi manu* o *constituto posesorio*. La visión de esta sentencia es muy cuestionable porque el TS afirma sin argumentar la identidad de adjudicación y escritura pública, y se centra en el tema de entrega, sin resolver los problemas del título –acuerdo de Asamblea adjudicando las parcelas, no todas, y no las viviendas–.

(78) Utilizado en otros países como Dinamarca Noruega, Suecia. La primera cooperativa se creó en Dinamarca en 1866, aunque el primer tipo ANDEL de viviendas se desarrolla en 1911. Resumen del modelo en TURMO, R., «*Andel: el model escandinau d'accés a l'habitatge*». Finestra oberta, 39, febrero 2004, p. 14 ss. Modelo de cesión de uso de la vivienda previa entrada, con fin de evitar la especulación. En la actualidad, cifras de 2004, en Dinamarca hay 125.000 viviendas en régimen ANDEL.

(79) LAMBEA RUEDA, A., «Cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso en la nueva Ley 2/2023 de Cooperativas de Madrid» Revista de Derecho Civil, Vol. 10, núm. 5, 2023, pp. 231-257; «Cooperativas de viviendas: adjudicación en propiedad, cesión de uso y cohousing. La ley 2/2023 de Cooperativas de Madrid», en Las cooperativas y otras formas de colaboración empresarial al margen de las sociedades mercantiles Marqués Mosquera (coord.). 2024, pp. 285-328.

titularidad del uso, manteniendo la estructura básica. Los supuestos de cesión de uso parten de las bases estudiadas, relación dual social y cooperativa, fases, relaciones con terceros; exceptuando que la adjudicación de la vivienda es en uso y no en propiedad –cualquier régimen de uso de la vivienda<sup>(80)</sup> compartiendo espacios comunes: usufructo<sup>(81)</sup>, uso<sup>(82)</sup>, habitación<sup>(83)</sup>,

(80) SIMÓN MORENO, H., «Las cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso: ¿una alternativa real a la vivienda en propiedad y en alquiler en España?», *REVESCO* núm. 134, 2020, pp. 1-17. MOREU CARBONELL, E. (2018), El deber de destinar la vivienda a uso habitacional, En *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, Alonso Pérez, M. T (Dir.). Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, pp. 27-72. OTXOA-ERRARTE GOIKOETXEA, R., «La cooperativa de vivienda de cesión de uso. Reforma legislativa y políticas públicas en Euskadi», *Revista jurídica de economía social y cooperativa*, núm. 32, 2018, pp. 67-110. ETXEZARRETA ETXARRI, A.; CANO FUENTES, G., y MERINO, S., «Las cooperativas de viviendas de cesión de uso: experiencias emergentes en España», *Revista de economía pública, social y cooperativa*, núm. 92, 2018, pp. 61-86. ETXEZARRETA, A., y MERINO, S., «Las cooperativas de vivienda como alternativa al problema de la vivienda en la actual crisis económica», *Revista de Estudios Cooperativos* núm. 113–monográfico: *Crisis económica actual y sus posibles repercusiones en la economía social*, 2013, pp. 92-119. ÁLVAREZ OLALLA, P.; CÁMARA ÁGUILA, P.; COSTAS RODAL, L., y MORALES IMBERNÓN, N., «Contratos de cesión temporal de uso y disfrute» en BERCOVITZ, R., *Tratado de contratos*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987. «Del uso y la habitación» en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid, 1993, pp. 1282 ss. ROVIRA SUEIRO, M., *Comentario artículo 523 a 529* en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, Thomson R-Aranzadi, Navarra, 2009, p. 661-665.

(81) Derecho real de uso y disfrute, conservando forma y sustancia. Resulta de interés que sea transmisible e hipotecable, aunque en el caso cooperativo se exige la condición de socio. Posible, no obligada, inscripción en el Registro de la Propiedad. Su aplicación suscita alguna dificultad al tratarse de un derecho real excesivamente amplio en su contenido y límites –El usufructuario asume los gastos de reparación y conservación ordinarios, y el nudo propietario los gastos extraordinarios; el usufructuario puede realizar obras de mejora...– También podría ser difícil aplicar las normas de deudas, hipoteca, extinción por fallecimiento. MARTÍNEZ ZURITA, L. F., *Del usufructo, uso y habitación*, Marcial Pons, Barcelona, 1962.

(82) Derecho real personalísimo de uso –no cabe transmisión ni hipoteca– acorde con el supuesto de cesión de uso en cooperativas de viviendas. Posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad. En su contra debe decirse que su regulación es escasa, y no concreta mucho las necesidades de los sujetos. Se prevé el abuso como causa específica de extinción. El uso permite la obtención de frutos para el consumo propio –si sobran podría venderlos–. El carácter oneroso desvirtúa las características del derecho de uso, por lo que la aplicación a las cooperativas de cesión de uso necesita una adaptación, ya que los socios sí pagan una cantidad. *Vid.* DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Derechos de uso y habitación» en Albaladejo, Díaz Alabart (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, tomo VII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1992, pp. 595 ss. FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Del uso y la habitación» en Rams Albesa (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Bosch, Barcelona 2004, pp. 869 ss. FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., *Los derechos reales de uso y habitación*, Dykinson, Madrid, 1994. FLORES RODRÍGUEZ, J., «Algunas consideraciones sobre la actualidad del derecho real de habitación en el tráfico jurídico inmobiliario», *RCDI* 693, 2003, pp. 121-143. HERNÁNDEZ MORENO, A., y VILLAGRASA ALCAIDE, C., *Comentarios a la Ley 13/2000 de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación*, Grupo Difusión, Barcelona 2003. LERENA CUENCA, M.ª E., y MARTÍNEZ IMIZCOZ, S., *Usufructo, uso y habitación, tanteo y retracto*, Thomson-Aranzadi, 2007; LACRUZ MANTECÓN, J. L., «Mi casa no es mía: usufructo, uso y habitación como vías de acceso a la vivienda» en Alonso Pérez, M. T. (Dir.), *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 285-348; LOUREDO CASADO, S., «Las cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso como cauce jurídico para los nuevos modelos habitacionales», *Revista Jurídica de economía social y cooperativa* núm. 37, 2020, pp. 167-206.

(83) Derecho real personalísimo de habitación/ocupación –no cabe transmisión ni hipoteca– más acorde con el supuesto de cooperativas de cesión de uso. Inscripción facultativa en el Registro de la Propiedad. También tiene una regulación escasa que no concreta las necesidades del sujeto. Se



superficie<sup>(84)</sup>–; de obligaciones –arrendamiento<sup>(85)</sup>–; o bien derechos de uso innominados o atípicos, de contenido indefinido; no hay eficacia directa de la representación, y generalmente no hay división de la masa común, que permanece en propiedad de la Cooperativa o en comunidad. La fórmula de cesión de uso evita la especulación y vincula al usuario a la Cooperativa, que disfruta la vivienda, generalmente de forma vitalicia, a cambio de una cantidad mensual.

Las aportaciones para construcción y promoción ingresan en la masa de gestión económica, y la cooperativa asume la función de representación de la comunidad con relación a la actividad cooperativa, o bien actúa en su propio nombre si es ella quien mantiene la propiedad del conjunto. En los casos de cesión del uso de la vivienda, la comunidad sobre la propiedad de las viviendas permanece tras la adjudicación, o se mantiene en manos de la Cooperativa.

Por su parte, algunas de las Leyes autonómicas, más recientes que la Ley estatal, incorporan opciones novedosas, incluso las incluyen en otras normas complementarias. Pese a todo, muchas cuestiones no tienen regulación específica, ni se ofrece una remisión a normas generales de aplicación de cesión de uso de viviendas, bien a los derechos reales, como el uso, usufructo, uso, habitación, superficie, censos... o de obligaciones como el arrendamiento.

---

prevé el abuso como causa de extinción. La habitación concede la ocupación de piezas de la vivienda necesarias para sí y su familia a favor de personas físicas, y ello es de gran interés por su similitud con el régimen de cooperativas en cesión de uso. El carácter oneroso desvirtúa las características del derecho y necesitaría adaptarse.

(84) Derecho real sobre la superficie a cambio de canon o renta. Su constitución en escritura pública e inscripción en el Registro de la propiedad generaría problemas, así como su regulación escasa. Es un derecho difícilmente transmisible, es gravable. Permite la compatibilidad con la propiedad horizontal. ALONSO PÉREZ, M. T., «El acceso a la propiedad de la vivienda a través del derecho de superficie», en Nasarre Aznar, S. (Dir.): *La propiedad compartida y la propiedad temporal. Ley 19/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 539-574. «La temporalidad del derecho de superficie y los efectos de su extinción. (Principal inconveniente para que sirva de vía de acceso a la vivienda)». En T. Alonso Pérez (directora), *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda. Desde los problemas generados por la vivienda en propiedad ordinaria financiada con créditos hipotecarios a otras modalidades jurídico-reales de acceso a la vivienda*, pp. 349-400. Cizur-Menor, España: Thomson Reuters-Aranzadi, 2018. LAMBEA RUEDA, A. «Los derechos de uso y habitación desde una nueva perspectiva: cesión de inmuebles» en *RCDI*, noviembre-diciembre 2011; «Modalidades de adjudicación y cesión de uso en las cooperativas de viviendas: arrendamiento, usufructo, uso y habitación», *Revista jurídica de economía social y cooperativa*. 23/2012, pp. 139-178; «Los derechos de uso y habitación como fórmula de cesión de inmuebles» en Cuena Casas, M., Anguita Villanueva, L. A., Ortega Doménech, J., Rams Albesa, J. J. (coord.), *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, 2013, pp. 917-934.

(85) Fórmula contractual de intercambio de uso a cambio de renta. Plantea problemas de aplicación al supuesto el difícil equilibrio de derechos y obligaciones entre las partes. También resulta difícil aplicar las normas imperativas de duración del contrato de arrendamiento, ya que la cesión de uso suele ser indefinida y vitalicia, las normas de subrogación legal, de extinción del contrato –muerte, divorcio– y derecho de desistimiento y resolución.



La cesión de uso va adquiriendo cada vez más interés, aunque todavía se muestra como una opción de regulación escasa, contornos difusos y dificultades en su desarrollo práctico. La importancia de su utilización es evidente, ya que esta opción puede resolver cuestiones importantes en materia inmobiliaria: un menor coste de acceso a la vivienda, atender la demanda insatisfecha por dificultades de acceso a la propiedad, incorporar oferta de vivienda pendiente, así como enfocar la rehabilitación del parque de viviendas hacia nuevas opciones de acceso al derecho a la vivienda. Como desventajas evidentes puede alegarse la ausencia de regulación ad hoc o normas de remisión, las lagunas que afectan a la seguridad jurídica y estabilidad, la dificultad de determinar el régimen jurídico aplicable, muchas veces atípico o híbrido, la difícil compatibilidad con otras normas y los problemas de acceso a la financiación. Por otra parte, la cesión de uso de viviendas en régimen cooperativo ofrece cuestiones que requieren reflexión previa a una futura regulación<sup>(86)</sup>. Por ejemplo, la gestión de situaciones personales, vida y relaciones conjuntas en los diversos espacios –comunes y privados–, el difícil equilibrio entre la estabilidad y la flexibilidad, el ingreso y baja o expulsión, así como la muerte o cese de la convivencia del socio y sus efectos sobre la vivienda y servicios. Es importante compatibilizar los valores del colectivo con los de cada individuo, por ejemplo, con relación a derechos<sup>(87)</sup> y obligaciones, cargas y gravámenes, gastos, reparaciones y mejoras. También podría reflexionarse acerca de la publicidad del derecho de uso en el Registro de la propiedad; y la distribución del préstamo hipotecario, si hubiera sido solicitado, entre las viviendas. De especial interés es todo lo relativo a la financiación para la constitución de la cooperativa y construcción inmobiliaria, y como afecta a las aportaciones de los socios; así como lo que afecta al suelo. Reiterar, por supuesto, la compatibilidad o incompatibilidad con el régimen de propiedad horizontal, que podría llevar a la prohibición de transformación en propiedad horizontal para evitar la especulación. Y, por último, todo lo que tiene que ver con los diferentes aspectos patrimoniales, y el sinfín de normas civiles, cooperativas, administrativas aplicables.

---

(86) En particular, lo que afecta a las normas de uso de espacios comunes/espacios privados. La remisión de dichas cuestiones en los Estatutos (acceso, baja, obligaciones económicas y pago mensual de uso), aunque si el régimen es cooperativo deberían aplicarse las normas de la Ley de cooperativas sobre órganos de administración y gestión. Especialmente importante es la compatibilidad del sistema cooperativo con el régimen de propiedad horizontal.

Es importante conjugar los valores y principios del colectivo con los de cada individuo, y decidir sobre los problemas de relación, con especial atención a lo que afecta a los derechos humanos y sus límites.

Y, por supuesto, todo lo que tiene que ver con la diversidad de aspectos patrimoniales. Por un lado, la cesión del uso de un bien: Derecho civil; por otro el régimen de la Cooperativa: Gestión del proyecto y figura jurídica –otras normas–: cooperativas; y también la promoción, construcción –urbanismo– Servicios –consumo–.

(87) Especialmente importante con relación a los derechos humanos, como indica RODRÍGUEZ LIÉVANO, M.<sup>a</sup> P., 2022.





Las normas cooperativas que han regulado la cesión de uso en particular no resuelven cuestiones como la regulación dual, de vivienda y consumo, su oportunidad e inseguridad jurídica; las dificultades de precisión del objeto social variable; la falta de precisión en cuestiones relacionadas con sujetos y objeto; las dificultades y compatibilidad con la Propiedad Horizontal; cuestiones fiscales y de financiación y, por último, concretar el tipo de gestión inicial y futura.

Las cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso requieren normas cooperativas, si bien, al afectar también al derecho civil patrimonial y al derecho administrativo, su desarrollo precisa un estudio sosegado y profundo, que mantenga el equilibrio necesario entre la regulación suficiente sin excesos, con apoyo en lo que ya existe, para evitar transitar de la ausencia de norma a la paralización de la actividad por una regulación profusa, compleja y asfixiante.

#### 4. OTROS SUPUESTOS. CONSTRUCCIÓN EN RÉGIMEN DE COMUNIDAD

La construcción en régimen de comunidad se inició, tímidamente<sup>(88)</sup>, como opción de promoción y construcción en grupo, alternativa a otras, individuales o colectivas a través de personas jurídicas. La comunidad requiere la remisión a las normas del régimen de comunidad de bienes de los artículos 392 y siguientes del Código Civil, o normas similares en ciertas comunidades autónomas como Cataluña en su Código Civil Catalán.

En inicio, la opción resultaba atractiva dada la facilidad que ofrece su estructura jurídica, la regulación sencilla y clara en el Código Civil, y la base de cooperación para el modelo.

Sin embargo, esta flexibilidad tiene como contraposición la dificultad que ofrece la ausencia de personalidad jurídica, con lo que supone en la actuación con terceros, especialmente importante en temas de suelo y financiación. Esta sencillez puede resultar excesivamente parca en regulación, lo cual puede ser más negativo que positivo.

Por otra parte, no olvidemos que se trata de una fórmula transitoria, que requiere una necesaria extinción y división en propiedad horizontal,

---

(88) En particular, la STS 2012/6719 de 15 de junio es la única que alude al régimen de construcción en comunidad sobre un solar proindiviso, con adjudicación de uso y disfrute de las viviendas, que finalmente se divide en propiedad horizontal en tres viviendas independientes con elementos comunes.

independientemente de la opinión de los cotitulares<sup>(89)</sup>. Es evidente la dificultad de mantener la indivisibilidad temporal mientras dura la construcción, necesariamente a través de un pacto, o bien considerar que hay una indivisibilidad funcional que requiere la sustitución de un sujeto por otro si alguno quisiera abandonar la comunidad. Tampoco encontramos un régimen de gestión y administración moderno y funcional en la comunidad de bienes. Quizá por ello su utilidad es más bien escasa.

## 5. CONCLUSIONES

En España la autopromoción colectiva de viviendas se desarrolla especialmente a través de cooperativas de viviendas; sin menospreciar otros supuestos en comunidad.

Las cooperativas de viviendas cuentan con la protección constitucional del artículo 129.2 de la Carta Magna, además de la regulación de la Ley estatal 27/1999 y las diecisiete normas autonómicas; y se regulan como clase específica en todas ellas; en algunas normas como clase separada, en otras como clase incorporada a las cooperativas de consumo. Debe decirse que su regulación, prolija y dispersa, está plagada de soluciones, pero también de problemas sin resolver, como se ha presentado en este apartado.

Las cooperativas de viviendas utilizan diferentes fórmulas en el acceso al objeto. Han desarrollado mayoritariamente su actividad cooperativizada adjudicando la propiedad de las viviendas a los socios. En los últimos tiempos, la cesión de uso va adquiriendo más interés y relevancia, si bien es una opción de regulación escasa, contornos difusos y dificultades en su desarrollo práctico. Se han presentado las ventajas y dificultades esenciales de ambos modelos.

Por otra parte, la autopromoción en régimen de comunidad sin personalidad jurídica, en inicio atractiva, es una opción escasamente utilizada.

## BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, M. T., «El acceso a la propiedad de la vivienda a través del derecho de superficie», en Nasarre Aznar, S. (dir.): *La propiedad compartida y la propiedad temporal. Ley 19/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 539-574.

---

(89) Admitiendo la conversión en PH como forma de división de diversos supuestos de comunidades sobre inmuebles, pueden citarse las STS 2016\947 de 3 de marzo; STS 2015\4286 de 11 de junio; STS 2011\577 de 24 de noviembre, cita también STS de 28 de mayo de 2009 (Recurso núm. 2401/04).



- ALONSO PÉREZ, M. T., «La temporalidad del derecho de superficie y los efectos de su extinción. (Principal inconveniente para que sirva de vía de acceso a la vivienda)». En T. Alonso Pérez (directora), *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda. Desde los problemas generados por la vivienda en propiedad ordinaria financiada con créditos hipotecarios a otras modalidades jurídico-reales de acceso a la vivienda*, pp. 349-400. Cizur-Menor, España: Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.
- ALONSO SOTO, F., *Ensayos sobre la Ley de Cooperativas*. Madrid 1990.
- ÁLVAREZ OLALLA, P.; CÁMARA ÁGUILA, P.; COSTAS RODAL, L., y MORALEJO IMBERNÓN, N., «Contratos de cesión temporal de uso y disfrute» en BERCOVITZ, R., *Tratado de contratos*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- BASTIDAS-DELGADO, O., ¡«Generar riqueza no contradice el no lucro de las cooperativas!» en Gestión solidaria ISSN 1900 7906. Noviembre 2022. Año 197. Colombia.
- BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 2022.
- DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Derechos de uso y habitación» en Albaladejo, Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil*, tomo VII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1992, pp. 595 ss.
- ETXEZARRETA ETXARRI, A.; CANO FUENTES, y G., MERINO, S., «Las cooperativas de viviendas de cesión de uso: experiencias emergentes en España», *Revista de economía pública, social y cooperativa*, núm. 92, 2018, pp. 61-86.
- ETXEZARRETA, A., y MERINO, S., «Las cooperativas de vivienda como alternativa al problema de la vivienda en la actual crisis económica», *Revista de Estudios Cooperativos* núm. 113– monográfico: Crisis económica actual y sus posibles repercusiones en la economía social, 2013, pp. 92-119.
- FAJARDO GARCÍA, G. (coord.), *Cooperativas: régimen jurídico y fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Del uso y la habitación» en Rams Albesa (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Bosch, Barcelona 2004, pp. 869 ss.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., *Los derechos reales de uso y habitación*, Dykinson, Madrid, 1994.
- FLORES RODRÍGUEZ, J., «Algunas consideraciones sobre la actualidad del derecho real de habitación en el tráfico jurídico inmobiliario», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 693, 2003, pp. 121-143.
- HERNÁNDEZ MORENO, A., y VILLAGRASA ALCAIDE, C., *Comentarios a la Ley 13/2000 de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación*, Grupo Difusión, Barcelona 2003.
- LACRUZ MANTECÓN, J. L., «Mi casa no es mía: usufructo, uso y habitación como vías de acceso a la vivienda» en Alonso Pérez, M. T. (dir.), *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 285-348.
- LAMBEA RUEDA, A., *Cooperativas de viviendas. Promoción, construcción y adjudicación de la vivienda al socio cooperativo*, 3.ª ed. Granada: Comares 2012.

- LAMBEA RUEDA, A., «Los derechos de uso y habitación desde una nueva perspectiva: cesión de inmuebles», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre 2011.
- «Modalidades de adjudicación y cesión de uso en las cooperativas de viviendas: arrendamiento, usufructo, uso y habitación», *Revista jurídica de economía social y cooperativa*. 23/2012, pp. 139-178.
  - «Los derechos de uso y habitación como fórmula de cesión de inmuebles» en Cuenca Casas, M, Anguita Villanueva, LA, Ortega Doménech, J, Rams Albesa, J. J. (coord.), *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, 2013, pp. 917-934.
  - ¿Puede un socio resolver su contrato de adquisición de una vivienda en forma cooperativa cuando el promotor incumple sus obligaciones legales sobre las cantidades anticipadas para la construcción? Comentario a la STS de 12 de julio de 2016, RJ 3562. CIRIEC – España. *Revista jurídica de economía social y cooperativa*, 31, pp. 367-376.
  - *Retos del Derecho civil. Derecho a la vivienda*. Dykinson, Madrid, 2022.
  - «Cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso en la nueva Ley 2/2023 de Cooperativas de Madrid», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 10, núm. 5, 2023, pp. 231-257.
  - «Cooperativas de viviendas: adjudicación en propiedad, cesión de uso y cohousing. La ley 2/2023 de Cooperativas de Madrid», en *Las cooperativas y otras formas de colaboración empresarial al margen de las sociedades mercantiles*, Marqués Mosquera (coord.). 2024, pp. 285-328.
- LERENA CUENCA, M.<sup>a</sup> E., y MARTÍNEZ IMIZCOZ, S., *Usufructo, uso y habitación, tanteo y retracto*, Thomson-Aranzadi, 2007.
- LOUREDO CASADO, S., «Las cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso como cauce jurídico para los nuevos modelos habitacionales», *Revista Jurídica de economía social y cooperativa*, núm. 37, 2020, pp. 167-206.
- MARTÍNEZ ZURITA, L. F., *Del usufructo, uso y habitación*, Marcial Pons, Barcelona, 1962.
- MATEO BLANCO J., *El retorno cooperativo*. Zaragoza 2003.
- MERINO, S., y EXTEZARRETA, A., «Las cooperativas de vivienda como alternativa al problema de la vivienda en la actual crisis económica», *REVESCO* 113, 2014, pp. 92-112.
- MILÀ RAFEL, R., *Promoción inmobiliaria, autopromoción y cooperativas de viviendas*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014.
- MOREU CARBONELL, E. (2018), El deber de destinar la vivienda a uso habitacional, En *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, Alonso Pérez, M. T (Dir.). Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, pp. 27-72.
- MORILLAS JARILLO, M.<sup>a</sup> J., *Las sociedades cooperativas*, Iustel, Madrid, 2008.
- NASARRE AZNAR, S., «Cuestionando algunos mitos del acceso a la vivienda en España, en perspectiva europea», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 35(1), 2017, pp. 43-69.
- «La política de vivienda y el Derecho Civil», en Muñiz Espada, E., Nasarre Aznar, S., Rivas Nieto, E., Urquizu Cavallé, A. (dir.), *Reformando las tenencias de la vivienda. Un hogar para todos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 185-241.

- NAVARRO GARCÍA, A., *Políticas fiscales para fomentar el acceso a una vivienda*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.
- OTXOA-ERRARTE GOIKOETXEA, R., «La cooperativa de vivienda de cesión de uso. Reforma legislativa y políticas públicas en Euskadi», *Revista jurídica de economía social y cooperativa*, núm. 32, 2018, pp. 67-110.
- PEINADO GRACIA, J. I., «Sociedades cooperativas y otros tipos mutualistas. Agrupaciones de interés económico» en Alonso Ledesma, C. (dir.), Fernández Torres, I. (coord.), *Derecho de sociedades*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 495-522.
- RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987.
- «Del uso y la habitación» en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid, 1993, pp. 1282 ss.
- RODRÍGUEZ LIÉVANO, M.<sup>a</sup> P., *Los derechos humanos en la vivienda colaborativa*, Tesis Doctoral, 2022.
- ROVIRA SUEIRO, M., Comentario artículo 523 a 529 en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, Thomson R-Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 661-665.
- SIMÓN MORENO, H., «Las cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso: ¿una alternativa real a la vivienda en propiedad y en alquiler en España», *REVESCO* núm. 134, 2020, pp. 1-17.
- TURMO, R., «Andel: el model escandinau d'accés a l'habitatge», *Finestra oberta*, 39, febrero 2004, pp. 14 ss.

## VI

### FORMAS DE TENENCIA DE LA VIVIENDA HABITUAL

## A. PROPIEDAD DE LA VIVIENDA

### A.1 Propiedad individual\*

**Amelia Sánchez Gómez**

*Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad Complutense de Madrid  
amesanch@ucm.es*

**Resumen:** *El derecho de propiedad ha evolucionado desde un modelo clásico basado en el Código Civil, que otorgaba al propietario un dominio absoluto y exclusivo sobre sus bienes (art. 348), hacia uno más moderno en el que la propiedad se entiende sujeta a una función social. En dicho contexto, este derecho que presenta cierta especificidad cuando recae sobre la vivienda habitual, ha sido objeto de crecientes limitaciones. A nivel autonómico, varias Comunidades Autónomas han introducido restricciones para garantizar el acceso a la vivienda y proteger a los inquilinos en situaciones vulnerables, afectando a las facultades dominicales tradicionales del propietario. La reciente Ley por el Derecho a la Vivienda consolida este proceso, introduciendo medidas como la suspensión de desahucios o la regulación de alquileres en áreas tensionadas, lo que refuerza la idea de que la propiedad ya no es un derecho absoluto. De resultas, el legislador estatal amparado en la función social de la propiedad y en el*

---

\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00).

*derecho a una vivienda digna y adecuada, ha optado por debilitar el derecho de propiedad privada en respuesta a aquella necesidad de tener un lugar donde residir llegando a límites que se cuestionan críticamente en este trabajo.*

**Palabras clave:** *Derecho de propiedad, evolución, función social, limitaciones, facultades dominicales, vivienda habitual, Ley por el Derecho a la Vivienda.*

**Abstract:** *The right to property has evolved from a classic model based on the Civil Code, which granted the owner absolute and exclusive dominion over his property (art. 348), to a more modern one in which property is understood to be subject to a social function. In this context, this right, which has a certain specificity when it falls on the main residence, has been subject to increasing limitations. At the regional level, several Autonomous Communities have introduced restrictions to guarantee access to housing and protect tenants in vulnerable situations, affecting the traditional proprietary powers of the owner. The recent Law on the Right to Housing consolidates this process, introducing measures such as the suspension of evictions or the regulation of rents in stressed areas, which reinforces the idea that property is no longer an absolute right, but that the state legislator protected by the social function of property and the right to decent and adequate housing, has chosen to weaken the right to private property in response to the need to have a place to reside, reaching limits that are critically questioned in this work.*

**Keywords:** *Right to property, evolution, social function, limitations, proprietary powers, habitual residence, Law for the Right to Housing.*

**Sumario:** 1. Precisiones previas. 2. Evolución del concepto de propiedad en nuestro Derecho. 2.1 El modelo clásico o privado de la propiedad en el Código Civil. 2.1.1 Notas caracterizadoras. 2.2 El modelo público de propiedad como nuevo paradigma: la función social de la propiedad. 3. Diferentes estatutos de la propiedad inmueble. 3.1 Precisiones previas. 3.2 La especificidad de la vivienda como objeto del derecho de propiedad. 4. Limitaciones a las facultades dominicales del propietario. Algunos ejemplos. 4.1 La intensificación de la función social de la vivienda en perjuicio de las facultades dominicales del propietario de la vivienda en el ámbito autonómico. 4.2 Consolidación estatal de la limitación a las facultades dominicales sobre la vivienda. 4.2.1 La suspensión de lanzamientos: afectación significativa del derecho de propiedad. 4.2.2 El régimen del derecho de propiedad en la Ley por el Derecho a la Vivienda. 5. Algunas reflexiones. Bibliografía.





## 1. PRECISIONES PREVIAS

La propiedad individual se ha configurado en nuestro sistema jurídico como una forma tradicional de tenencia junto al alquiler para dar respuesta a las necesidades de vivienda<sup>(1)</sup>. Conscientes de la preferencia que ha tenido la adquisición de la vivienda en propiedad frente al alquiler, una y otra han evidenciado su insuficiencia para dar respuesta óptima a su acceso en nuestra sociedad. De ahí la necesidad de avanzar hacia fórmulas jurídicas diferentes, mediante las denominadas tenencias intermedias en el acceso a la vivienda<sup>(2)</sup>, lo que es objeto de análisis en otro lugar de este Tratado. Como punto de partida, es menester en este lugar hacer una referencia a la propiedad individual de la vivienda habitual en la que se percibe una significativa evolución y ciertas especialidades merecedoras de una reflexión.

## 2. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE PROPIEDAD EN NUESTRO DERECHO

### 2.1 El modelo clásico o privado de la propiedad en el Código Civil

En la regulación de la propiedad en nuestro ámbito como derecho real por excelencia, no natural ni consustancial a la persona<sup>(3)</sup>, contribuyó de manera decisiva la Revolución Francesa de 1789, lo que hizo que aquélla se considerara sagrada, absoluta, individual y perpetua, como reflejo del sistema liberal que sustituye al feudal anterior, y que recogió el Código Civil de Napoleón de 1804 en su artículo 544<sup>(4)</sup>. Este precepto se ha considerado precedente histórico de nuestro artículo 348 CC a cuyo tenor, en su redacción actual<sup>(5)</sup> «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa o de un animal, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes». El legislador consagra ahí un modelo clásico o privado de la propiedad, aunque con un tono más templado que su precedente francés acorde con el liberalismo más moderado que imperaba en nuestro país<sup>(6)</sup>.

(1) *Vid.* NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H., *RCDI*, p. 3065.

(2) *Idem* nota anterior.

(3) *Cfr.* LA MONEDA DÍAZ, F., *RCDI*, p. 1481.

(4) Define la propiedad como «el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal de que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes y los reglamentos.

(5) En su redacción, dada por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y La Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.

(6) *Vid.* VERDERA SERVER, R., *ADC*, p. 863. Porque, como afirma el autor, el Código Civil español no es un fruto de la revolución, sino una exigencia de la consolidación de una situación que ya se ha alcanzado y que se pretende conservar. En el mismo sentido, MONTÉS PENADÉS, V. L., 1980, p. 37.

La propiedad, paradigma de todos los derechos reales, se ha definido en su concepción tradicional como el más amplio derecho real, manifestación de la soberanía individual<sup>(7)</sup>, reconociendo dentro de él un amplio haz de facultades como expresión de la totalidad de su disfrute y ejercicio pacíficos, que el legislador no enumera exhaustivamente por ser todas las posibles, en consonancia con el «concepto exquisitamente jurídico de la propiedad»<sup>(8)</sup> que incorpora. De ahí que ese conjunto de poderes omnímodos permitiera al titular en esa concepción tradicional, incluso la destrucción de la cosa, como una manifestación del *ius abutendi*.

Las facultades integrantes del derecho de propiedad para nutrir o alimentar los intereses legítimos de su titular<sup>(9)</sup> son las de «gozar y disponer» de misma, esto es, la de uso, disfrute o goce (directo o indirecto mediante, por ejemplo, el arrendamiento para la obtención de rentas) y la facultad de disposición<sup>(10)</sup>, aspecto fundamental, puesto que permite la realización del valor económico a cambio de la transmisión de la titularidad del derecho<sup>(11)</sup>. Además, comprende la facultad de reivindicar como tutela de dichos poderes<sup>(12)</sup>, amén de algunas otras facultades que aparecen a lo largo del Código Civil<sup>(13)</sup> o que, aunque no aparezcan referidas en el mismo precepto deben ser reconocidas, como el poder o facultad de exclusión. A mayor precisión, del derecho a una vivienda adecuada debe contemplarse el poder proveer al titular de un título de propiedad, inscrito en el Registro de la Propiedad<sup>(14)</sup>.

El artículo 348 tiene un complemento indispensable en el primer párrafo del artículo 349 CC a cuyo tenor «Nadie podrá ser privado de su propiedad, sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización».

(7) *Vid.*, recientemente, por todos, MESSÍA DE LA CERDA, J. A., *RCDI*, p. 3441.

(8) *Cfr.* VERDERA SERVER, R., *ADC*, p. 870.

(9) *Vid.* MONTÉS PENADÉS, V. L., 1980, pp. 62-64.

(10) En su redacción, dada por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales».

(11) *Vid.* BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., 2009, p. 497.

(12) Artículo 348.2.º CC: «El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa o del Animal para reivindicarla».

(13) El derecho por accesión de todo lo que se produce, se une o incorpora, natural o artificialmente, a los bienes y, en particular, el derecho de adquisición de los frutos (arts. 353 y 358 CC). De ahí el *ius fruendi*. *Vid.* Díez PICAZO, L., 2012, p. 38.

La extensión vertical de la propiedad (art. 350 CC que debe ser completado por el artículo 12.2 del Real Decreto Legislativo 7/2015 2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (TRLR de 2015). Ahí se deja en manos de cada municipio, la decisión sobre este aspecto, afirmando que las facultades integrantes del derecho de propiedad del suelo, alcanzarán al vuelo y al subsuelo, *solo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística*, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público; el derecho por accesión de todo lo que se produce, se une o incorpora, natural o artificialmente, a los bienes y, en particular, el derecho de adquisición de los frutos (art. 353 CC).

(14) *Vid.* GÓMEZ GALLIGO, F. J., *RCDI*, p. 17.



Del concepto de propiedad del precepto que nos ocupa se han hecho dos críticas: 1) su definición se reduce a la idea errónea del dominio como suma de facultades diferentes, y 2) parece establecer una idea antisocial de poder absoluto sobre la cosa<sup>(15)</sup>. Respecto a la primera crítica, no se puede definir la propiedad como una suma de facultades diferentes que se enumeran: derecho de gozar, derecho de enajenar, derecho a percibir sus rentas o frutos, derecho a reclamar la cosa, etc. Sería ocioso enunciarlas todas para hacernos una verdadera idea de lo que es; y, en segundo lugar, porque algunas de las que se mencionan no son propias y exclusivas del dominio, sino que caracterizan otros derechos reales como ocurre con el goce, que es típico también del usufructo o del arrendamiento.

### 2.1.1 *Notas caracterizadoras*

El carácter unitario o predominantemente unitario del derecho de propiedad refiere que sea siempre uno e idéntico al margen de las características del objeto sobre el que recae<sup>(16)</sup>.

En relación con la «generalidad»<sup>(17)</sup> señala Goñi Rodríguez de Almeida<sup>(18)</sup>, «la propiedad, comprende todas las facultades, aplicaciones y posibilidades de la cosa, no prohibidas por la ley, las actuales y las que puedan surgir en el futuro, sin necesidad de definirlas o caracterizarlas. No es una enumeración completa de todas, porque varían según la época y objeto. Y precisamente esto diferencia la propiedad de otros derechos reales, en los que sí se pueden enumerar sus facultades. Como consecuencia de su carácter general, continúa la autora, el dominio se presume libre de cargas y gravámenes y, por tanto, hay que probar siempre la existencia de un derecho real que pueda gravarlo o limitarlo. Es el derecho real por excelencia, el paradigma del derecho sobre las cosas»<sup>(19)</sup>.

Respecto a la «abstracción», «el derecho del dueño es concebible con independencia de las facultades singulares, que pueden faltar, mientras que los derechos reales limitados son precisamente la puesta en valor de una facultad aislada, y no se conciben sin ellas. La abstracción significa entonces que se trata de un derecho separable de sus facultades y con

---

(15) Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., 2008. p. 237; y, más recientemente, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *RCDI*, 2022, p. 2313.

(16) Cfr. BEROVITZ ÁLVAREZ, G., 2009, p. 496.

(17) De la que se hace eco la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (art. 331-1.2), a propósito del cual: «El propietario conserva las facultades que no se han atribuido a terceros, por ley o por título».

(18) *RCDI*, 2022, pp. 2313-2314.

(19) *Idem* nota anterior.

existencia independiente y diferente de ellas. Pero no es una entelequia, sino que el dominio necesita siempre un mínimo de contenido sustancial; por ejemplo, no se pueden enajenar la facultad de goce a perpetuidad, y solo es posible detraer una facultad del dominio a favor de otro cuando se permita por el ordenamiento. A pesar de esa abstracción, siempre queda un reducto con existencia propia, en el que se reconoce el dominio»<sup>(20)</sup> (STS de 2 octubre 1975)<sup>(21)</sup>.

Además, por lo que atañe a la «elasticidad», es una cualidad del dominio en virtud de la cual, bien por orden de la ley (restricciones impuestas por ésta), bien por voluntad de los particulares (existencia de derechos a favor de terceros), los titulares pueden, en determinados casos, quedar privados de alguna de las facultades que de ordinario lo componen (por ejemplo, usufructo) (STS de 27 junio 1991)<sup>(22)</sup>. Entonces, el derecho subjetivo puede estar contraído y privado de aquéllas, pero cuando cesan esos derechos y facultades de los terceros, recupera su normal amplitud<sup>(23)</sup>. Cualquier poder que quede *nullius* o cuyo derecho real se extinga, se reincorpora forzosamente a la propiedad por su *vis atractiva*<sup>(24)</sup>.

La «perpetuidad» del derecho se refiere a que la propiedad dura mientras exista el objeto (no depende de la vida del titular o de otras personas), transmitiéndose *mortis causa* e incluso atribuyendo un derecho sobre los despojos o vestigios de la cosa destruida (STS de 20 mayo 1993)<sup>(25)</sup>.

Por último, la «exclusividad» significa que permite excluir del goce a los demás, incluso aunque su uso sea inocuo<sup>(26)</sup>. De ahí que conlleva la posibilidad de eliminar a cualquiera de la misma relación con la cosa, pues no puede haber dos propietarios a la vez sobre su totalidad.

## 2.2 El modelo público de propiedad como nuevo paradigma: la función social de la propiedad

Junto al modelo clásico o privado de la propiedad de nuestro legislador decimonónico plasmado en el artículo 348 CC, con la crisis del individualismo del siglo xx y el auge del Estado Social y Democrático

(20) Cfr: GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *RCDI*, 2022, p. 2314.

(21) (RJ 1975, 3410).

(22) (RJ 1991, 9821).

(23) Vid. DIEZ-PICAZO, L., 2012, p. 35; o LÓPEZ FERNÁNDEZ, L. M., 2024, p. 163.

(24) Cfr: GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *RCDI*, 2022, p. 2314.

(25) (RJ 1993, 3807).

(26) Cfr: BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., 2009, p. 496.

de Derecho, este derecho adquiere una nueva significación, es decir, el concepto liberal y absoluto de la propiedad se puede considerar en la actualidad obsoleto. En efecto, «la supremacía de lo colectivo sobre lo individual propició el fomento de la vertiente social de este derecho y la necesidad de incluir tales ideas en los textos constitucionales»<sup>(27)</sup>. Por ello, la consideración actual del derecho de propiedad objeto de reconocimiento constitucional en el artículo 33.1 CE<sup>(28)</sup>, viene matizado por la función social que debe cumplir y que limitará su contenido de acuerdo con las leyes como refiere el apartado segundo del mencionado precepto. De resultas, a aquel modelo se contraponen más modernamente un modelo público, que toma como paradigma la propiedad urbana y que parece prevalecer en cada vez más ámbitos<sup>(29)</sup>, donde se pone de manifiesto la subordinación del derecho de la propiedad al interés público<sup>(30)</sup>. Por supuesto, este modelo ha alcanzado a la propiedad de la vivienda. La Constitución Española «entierra, el concepto liberal de propiedad, heredero de la revolución francesa y abre las puertas a la intervención del derecho público en la propiedad privada»<sup>(31)</sup>.

Como refiere la STC 37/1987 de 26 de marzo<sup>(32)</sup>, «la propiedad privada, en su doble dimensión, como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 CC». En la actualidad la propiedad no es un derecho absoluto, ni ilimitado, sino de contornos precisos en beneficio de la comunidad<sup>(33)</sup>, de suerte que esa función social delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes, sin tratarse de un límite

(27) Cfr. MESSÍA DE LA CERDA, J. A., *RCDI*, p. 3442.

(28) No es derecho fundamental, pese a que así lo haya declarado la STC 204/2004, de 18 de noviembre (RTC 2004/204). Más exactamente, el reconocimiento del derecho de propiedad en el capítulo segundo del Título I de la CE implica, de acuerdo con el 53.1 del mismo cuerpo legal, que vincula a todos los poderes públicos, pudiendo ser alegado directamente ante los tribunales, en el caso de que sea lesionado por esos mismos poderes públicos o por los particulares, pero no goza de la protección dispensada por el apartado segundo del mismo precepto, reservada a los derechos fundamentales. Solo cabe su regulación mediante ley ordinaria, no orgánica (reserva de ley) y respetando en todo caso el contenido esencial 53.1. Se discute si cabe dictar disposiciones legislativas en forma de Decreto-leyes, en la medida que no pueden afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I». Y es derecho tutelable mediante el recurso de inconstitucionalidad [(art. 161.1.a)] CE, no mediante recurso de amparo (Auto TC 82/1980, de 5 de noviembre (RTC 1980/82)). Es posible plantear cuestión de constitucionalidad ante su posible vulneración por una disposición legal (art. 163 CE). Vid. VERDERA SERVER, R., *RCDI*, pp. 883-884.

(29) Vid. VERDERA SERVER, R., *ADC*, p. 866.

(30) *Idem* nota anterior.

(31) Cfr. SIMÓN MORENO, H., *Derecho Privado y Constitución*, p. 146.

(32) (RTC 1987, 37).

(33) Vid. GÓMEZ GALLIGO, F. J., *RCDI*, p. 20.

externo al concepto de propiedad, sino una parte integrante del contenido esencial del derecho<sup>(34)</sup>. La reciente doctrina constitucional al respecto advierte que la función social es parte integrante del contenido esencial del derecho. Por ello, «la función social de la propiedad de la vivienda debe razonablemente integrarse, por ejemplo, por el deber de uso habitacional en cuanto destino normalizado para hacer efectivo el artículo 47 CE», en palabras del mismo Tribunal Constitucional<sup>(35)</sup>.

La función social de la propiedad por cuya virtud el interés de la colectividad se incorpora en el concepto mismo del derecho, se predica además de éste, de los bienes objeto de propiedad. Buena muestra de ello es cuando este derecho recae sobre la vivienda habitual como punto final en esta evolución, lo que comporta que en la actualidad la doctrina, disposiciones legales y un buen número de sentencias se refieran a la función social de los correspondientes bienes<sup>(36)</sup>.

### 3. DIFERENTES ESTATUTOS DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

#### 3.1 Precisiones previas

La función social de la propiedad justifica que el concepto unitario de este derecho vinculado a la etapa histórica de la codificación se tienda a sustituir por uno estatutario, según el cual la propiedad sobre cada conjunto de bienes está sometido a un estatuto jurídico distinto<sup>(37)</sup> derivado de las diversas funciones sociales que esos bienes están llamados a satisfacer<sup>(38)</sup>. Este movimiento conduce a una fragmentación normativa en la que se advierte el carácter residual del instituto de la propiedad, pues solo se aplicará cuando no exista un régimen estatutario preferente<sup>(39)</sup>. Esta manera de proceder pone de manifiesto la libertad del legislador en la configuración de dichos estatutos dominicales y con ello esa prevalencia absoluta de una supuesta función social vinculada con cierto destino o uso, lo que conduce a la disolución del concepto unitario de propiedad reducido a un mero *nomen*<sup>(40)</sup>.

(34) (RTC 1987, 37). Recientemente, *vid.* por todas, STC 32/2018 de 12 abril (RTC 2018, 32).

(35) STC 32/2018 de 12 abril (RTC 2018, 32). Fundamento Jurídico 6.

(36) DOMENECH, G., *Almacén de Derecho*.

(37) STC 152/2003, de 17 julio (RTC 2003, 152). Fundamento Jurídico 7.

(38) *Vid.* LÓPEZ FERNÁNDEZ, L. M., 2024, pp. 164 y 169; o VERDERA SERVER, R., *ADC*, p. 868.

(39) *Vid.* por todos, VERDERA SERVER, R., *ADC*, p. 868.

(40) *Cfr.* VERDERA SERVER, R., *ADC*, p. 870, nota núm. 49.

### 3.2 La especificidad de la vivienda como objeto del derecho de propiedad

Este estatuto especialmente diversificado se hace patente en materia de vivienda si observamos la normativa automática de los últimos años en este ámbito y, a nivel estatal, la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (desde ahora LDV)<sup>(41)</sup>. En una y otra es hilo conductor que la función social de la propiedad cuando de vivienda se trata, se debe poner al servicio de los intereses generales, pues si bien todos los ciudadanos tienen el derecho constitucional a la vivienda, como no siempre es materialmente posible hacerlo efectivo por la escasez de viviendas, se considera normal y se justifica, incluso por el Tribunal Constitucional, una restricción de los derechos o facultades de los propietarios que sí tienen vivienda, en beneficio de los demás<sup>(42)</sup>.

Además, cuando el derecho de la propiedad recae sobre la vivienda, tal estatuto propio viene determinado en gran medida por la especificidad del objeto, de suerte que varias de las facultades propiamente dominicales se reducen, cuando no desaparecen al menos temporalmente de su esfera<sup>(43)</sup>. Téngase en cuenta que estamos ante una cuestión harto compleja en esa relación entre vivienda y derecho de propiedad, puesto que la primera aparece como derecho humano que no reviste la condición de fundamental, sino de principio rector de contenido económico y social (art. 47 CE). Aparte de dicha consideración, es un bien comerciable y no se trata de cualquier inmueble, sino de uno especial, pues al tener la consideración de habitacional da un salto cualitativo, pasando de ser derecho real efectivo del propietario a un objetivo del poder público<sup>(44)</sup>. Es verdad que la peculiar condición de la vivienda permite advertir que en ella confluye, no solamente esa visión empresarial o individualizada que la considera un capital, sino también el componente humano y social<sup>(45)</sup>. En la vivienda converge el elemento convivencial o residencial y el soporte físico o construcción que hace suyo la LDV<sup>(46)</sup>. Este concepto

---

(41) Téngase en cuenta que, además de la LDV, la legislación estatal al respecto se ha ido configurando como resultado de la intersección de diversas normativas como la del suelo, planeamiento urbanístico, arrendamientos urbanos, propiedad horizontal, normas hipotecarias, fiscales, defensa de consumidores, además de la propia regulación general civil y mercantil. *Vid.* ANGUITA RÍOS, R. M., *AC*, p. 4, donde advierte que esta regulación por convergencia y encaje de diversas leyes y reglamentos estatales no es la más adecuada para dotar de cobertura jurídica al mandato constitucional.

(42) *Vid.* GÓMEZ GALLIGO, F. J., *RCDI*, p. 22.

(43) A pesar de la existencia de ventajas como los incentivos fiscales aplicables en el IRPF a los arrendamientos de inmuebles destinados a vivienda.

(44) *Cfr.* ANGUITA RÍOS, R. M., *AC*, p. 5.

(45) *Cfr.* ANGUITA RÍOS, R. M., *AC*, p. 7.

(46) Artículo 3.1.a): «vivienda: edificio [...] con destino a residencia y habitación de las personas, que reúne las condiciones mínimas de habitabilidad exigidas legalmente [...]».

genérico puede ir acompañado, en su caso, de otros calificativos, lo que influirá también en la legislación aplicable. Así, tratándose de vivienda familiar, han de tenerse en cuenta las limitaciones a la facultad de disponer del artículo 1320 CC en situación de normalidad matrimonial por la especial naturaleza de la vivienda familiar<sup>(47)</sup>, o el artículo 96 del mismo cuerpo legal que establece la limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario en los supuestos de nulidad, separación o divorcio, en los que el derecho de uso se ha atribuido por convenio entre los ex-cónyuges o, en su defecto, por resolución judicial, al cónyuge en cuya compañía quedan los hijos<sup>(48)</sup>.

Respecto a la LDV, en caso de vivienda habitual, por ejemplo, además de exigirse un uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda, se merma la condición y el derecho de los propietarios (especialmente si son grandes tenedores), entre otros supuestos, porque preocupado el legislador en reconocer el derecho al uso de una vivienda a quien carece de ella, no da una respuesta eficaz al problema de la ocupación de inmuebles ya sea de manera ilegal o por incumplimiento del inquilino en un contrato de arrendamiento. En el caso de haber celebrado el propietario un contrato de arrendamiento en uso de su facultad de goce (utilización indirecta, obtención de renta), también ve limitado su derecho de propiedad de acuerdo con las modificaciones introducidas en la LAU por la nueva LDV<sup>(49)</sup> (nuevas prórrogas o limitación de rentas, entre otras cuestiones). En la medida en que ello va a ser objeto de atención en el presente Tratado de forma pormenorizada, vamos a hacer una referencia general a la normativa autonómica que ha utilizado el recurso a la función social para limitar las facultades dominicales en este ámbito y, en segundo lugar, a la consolidación a nivel estatal de dichas limitaciones.

#### 4. LIMITACIONES A LAS FACULTADES DOMINICALES DEL PROPIETARIO. ALGUNOS EJEMPLOS

Conviene hacer una somera referencia a las limitaciones que, desde diversos ámbitos, autonómico y estatal, se han impuesto a las facultades dominicales en la actualidad y que conforman un ejemplo del vaciamiento del contenido del derecho de propiedad que configuró nuestro legislador decimonónico en el artículo 348 CC. Es verdad que la propiedad en

(47) *Vid.* GONÍ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1782-1796.

(48) *Vid.* GONÍ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *RCDI*, núm. 796, 2023, pp. 1153-1171.

(49) Disposición final primera (Medidas de contención de precios en la regulación de los contratos de arrendamiento de vivienda).





su vertiente individual como derecho subjetivo sigue conviviendo de manera paralela con su vertiente colectiva (función social) que es la que predomina. Pero no puede olvidarse que el derecho de propiedad conforma un derecho real pleno, sobre el que se asienta todo el derecho privado patrimonial<sup>(50)</sup>. Por ello, ante la duda de qué queda de dicho precepto cuando recae sobre la vivienda, acaso sería bueno una relectura más precisa en el sentido de que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa (vivienda, en nuestro caso) con todas las limitaciones que establecen las leyes<sup>(51)</sup>.

#### 4.1 La intensificación de la función social de la vivienda en perjuicio de las facultades dominicales del propietario de la vivienda en el ámbito autonómico

Desde la crisis financiera internacional de 2008, ha sido frecuente la adopción por parte de los legisladores autonómicos de diversas normativas<sup>(52)</sup> que, procurando dar respuesta de forma más coyuntural que estructural a las necesidades sociales de vivienda, se han amparado en la función social de la propiedad y en el derecho a una vivienda digna y adecuada, para debilitar el derecho de propiedad privada en respuesta a aquella necesidad de tener un lugar donde residir. Esta normativa se ha pretendido presentar como una regulación mediante disposiciones administrativas propias de las políticas públicas de vivienda y de urbanismo que competían a las CCAA y que dejaba indemne el derecho de propiedad en su vertiente civil. Sin embargo, realmente «sacrifican en exceso el derecho de propiedad»<sup>(53)</sup> o, dicho en otros términos, «erosionan paulatinamente el derecho de propiedad sobre una vivienda alejado de los estándares del Código Civil español<sup>(54)</sup>», confundiendo la función social de la vivienda con la función social de la propiedad<sup>(55)</sup>. Por ello, no es de extrañar que se atrevan a regular el incumplimiento de dicha función social cuando la vivienda se encuentra desocupada con medidas como sanciones, expropiaciones, o impuestos a personas propietarias de viviendas vacías. Y resulta criticable que, en su gran mayoría dicha normativa autonómica haya sido bendecida

(50) Cfr. DE PABLO CONTRERAS, P., 2020, p. 129. De manera especial, *vid.* VERDERA SERVER, R., *ADC*, p. 864.

(51) Cfr. LA MONEDA DÍAZ, F., *RCDI*, p. 1488.

(52) *Vid.* la enumeración de dicha normativa en MECO TÉBAR, F., 2023, pp. 433-448; o SIMÓN MORENO, H., *Derecho Privado y Constitución*, p. 153.

(53) *Vid.*, por todos, MESSÍA DE LA CERDA, J. A., *RCDI*, p. 3423.

(54) Cfr. SIMÓN MORENO, H., *Derecho Privado y Constitución*, p. 143.

(55) Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana.

por el Tribunal Constitucional, como resulta de las SSTC 16/2018 de 22 de febrero<sup>(56)</sup>, y 32/2018 de 12 abril<sup>(57)</sup>, lo que conforma una «revolución silenciosa» para modificar la doctrina constitucional sobre los límites de la propiedad privada<sup>(58)</sup>. Parece que no es discutible entonces, a la vista de buena parte de dicha normativa, que es deber que recae sobre los propietarios de viviendas, el destinarlas efectivamente al uso residencial, desdibujando la facultad del propietario de decidir habitar o no una vivienda «ex» artículo 348 CC. Dicho deber es más exactamente un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda, por lo que no afecta al contenido esencial del derecho de propiedad privada<sup>(59)</sup>. Sirva de ejemplo, además de lo apuntado, la vivienda vacía definida por las diversas leyes autonómicas para la cual se han previsto diversas consecuencias jurídicas, por ejemplo, la previsión de su conversión en otras destinadas a las políticas públicas de fomento; o expropiación, aunque sea temporal, lo que tiene incidencia intensa en los derechos de uso y disfrute del propietario y en la utilidad económica derivada de ello<sup>(60)</sup>.

## 4.2 Consolidación estatal de la limitación a las facultades dominicales sobre la vivienda

### 4.2.1 *La suspensión de lanzamientos: afectación significativa del derecho de propiedad*

El Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, contiene unas previsiones<sup>(61)</sup> relativas a la suspensión del lanzamiento de la vivienda habitual, habitada sin título para ello y planteada en un proceso penal. La STC 9/2023 de 22 de febrero<sup>(62)</sup> desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la disposición final primera del referido Real Decreto-ley por entender que no se trata de

(56) (RTC 2018, 16) sobre la Ley foral de la vivienda.

(57) (RTC 2018, 32) sobre la Ley andaluza de la función social de la vivienda.

(58) *Vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Almacén de Derecho*.

(59) Esta posición se ha mantenido en otras posteriores como las SSTC núm. 43/2018, de 26 de abril (RTC 2018, 43) en relación con la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de vivienda de Canarias); la núm. 80/2018, de 5 de julio (RTC 2018, 80) sobre la Ley valenciana 2/2017, o la núm. 106/2018, de 4 de octubre, (RTC 2018, 106), sobre la Ley 2/2017, de 17 de febrero, de Emergencia Social de la Vivienda de Extremadura.

(60) *Vid.* SIMÓN MORENO, H., *Derecho Privado y Constitución*, pp. 160-168.

(61) Disposición final primera que modifica el artículo 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

(62) (RTC 2023/9).

una regulación directa y general del derecho de propiedad sobre la vivienda, ni afecta a su contenido esencial, sino que se trata de una medida limitada en cuanto a su ámbito de aplicación, subjetivo, objetivo y temporal que responde a una finalidad de interés social, a saber, la protección de las personas en situación de vulnerabilidad, como consecuencia de la crisis generada por el COVID-19. A su entender, que no el nuestro, ello incide mínimamente de forma temporal sobre la posesión o capacidad de disposición<sup>(63)</sup>.

Por su parte, suscribimos el Voto Particular<sup>(64)</sup> a dicha sentencia por cuanto la medida cuya constitucionalidad se discute, supone para el propietario de una vivienda que se encuentra en la situación descrita en la norma, la imposibilidad temporal de recuperar la disposición sobre la vivienda, siendo el poder de disposición, facultad inherente al derecho de propiedad. Esta medida implica una intensa afectación del derecho de propiedad, claramente gravosa, establecida por razones de interés público. Además, dicha privación temporal de ese poder de disposición, por cierto, se ha ido prolongando en el tiempo, como consecuencia de las sucesivas prórrogas de la medida que se han ido aprobando: la última, por el momento, hasta el 31 de diciembre de 2024<sup>(65)</sup>. Es claro que se produce en estos supuestos una afectación significativa en su derecho de propiedad, al verse privados los propietarios temporalmente de la disponibilidad del bien y de su posible utilidad económica, sin que por su parte cesen sus obligaciones fiscales al respecto. Todavía más, la compensación económica que se prevé para estos supuestos no conforma una medida que venga a paliar los inconvenientes de afectación relevante del derecho de propiedad por no ser realmente efectiva o automática.

#### 4.2.2 *El régimen del derecho de propiedad en la Ley por el Derecho a la Vivienda*

El último paso de esta evolución lo conforma LDV en la que la función social de la propiedad se hace patente con más fuerza si cabe que en otros ámbitos como refiere su Exposición de Motivos, donde se reconoce además la relevancia social de la vivienda. Vaya por delante, sin embargo, que en ese lugar el legislador mezcla alegremente y con poco rigor referencias a la función social de la propiedad, a la función social de la vivienda y a la

---

(63) Fundamento Jurídico 4.

(64) Formulado por el Magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla, acogido por la Magistrada doña Concepción Espejel Jorquera.

(65) Reunión adoptada en Consejo de ministros a fecha 27 diciembre de 2023.



función social de la propiedad de la vivienda, cuando es evidente que se trata de cuestiones de diverso alcance y trascendencia<sup>(66)</sup>.

a) Función social de la vivienda. En un intento de aproximación, su artículo 1.2 declara que el «contenido básico del derecho de propiedad de la vivienda, en relación con su función social, incluye el deber de destinar la misma al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, en el marco de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, así como de mantener, conservar y rehabilitar la vivienda, atribuyendo a los poderes públicos, la función de asegurar su adecuado cumplimiento a través de la aplicación de las medidas que legalmente procedan».

b) Limitaciones sobre el titular cuando es un «gran tenedor». La LDV ha introducido un sustancial cambio en el estatuto jurídico de los bienes más allá del objeto sobre el que recae. No son solo las especiales características de cada bien y el uso que se le atribuye los elementos que justifican un especial régimen jurídico, como se ha puesto de manifiesto las líneas precedentes. Resulta criticable que la ley que nos ocupa introduzca un régimen distinto y más restrictivo en cuanto al contenido de la propiedad privada, en atención a los sujetos de la vivienda, esto es, cuando el titular reúne los requisitos para ser calificado como «gran tenedor»(art. 3.k) que, nos atrevemos a decir, que se ha convertido en un propietario de segunda categoría.

Como ha advertido la doctrina con buen criterio<sup>(67)</sup>, no se puede justificar a la luz del artículo 33.2.º CE que la función social que delimita el contenido del derecho a la propiedad privada se conecte ahora con quien sea su titular. Una cosa es que se pueda establecer un régimen jurídico delimitado por la condición de gran tenedor o cualquier otra, por ejemplo, en el ámbito contractual o tributario, pero no que «ese régimen particularizado se construya modificando el estatuto de la propiedad, porque no hay una propiedad destinada a vivienda que sea diferente de la propiedad de los grandes tenedores destinada a la vivienda»<sup>(68)</sup>. Por ejemplo, los inconvenientes que van a tener para recuperar la vivienda en caso de incumplimiento del arrendatario por las exigencias que se imponen a dichos titulares.

c) Régimen jurídico básico del derecho de propiedad de la vivienda. En el capítulo II el legislador distingue facultades (art. 10) de los deberes y cargas (art. 11), con una remisión, en ambos casos, a las previsiones de la legislación sobre el suelo, aunque resulta curioso que algunas de ellas

(66) Cfr. VERDERA SERVER, R., *ADC*, p. 901.

(67) *Vid.* VERDERA SERVER, R., *ADC*, p. 912.

(68) *Idem* nota anterior.

gozan de la doble condición al aparecer enunciadas en los dos preceptos. Respecto a las facultades previstas, se refiere a las de uso y disposición, aunque conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación; la de consulta sobre la situación urbanística, lo que comprende la titularidad y cargas del inmueble y el acceso al Libro Edificio que se deposita en el Registro de la Propiedad<sup>(69)</sup>; y de realización de las obras de conservación, rehabilitación, accesibilidad universal, ampliación o mejora de conformidad con las condiciones establecidas por la Administración competente y, en su caso, el título habilitante de tales actuaciones, cuando éste sea legalmente exigible.

En relación con los deberes y cargas, después de advertir que el derecho de propiedad de vivienda queda delimitado por su función social, enuncia como deber, también facultad, el de uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda, lo que parece ser un deber nuevo al imponerse una suerte de utilización directa a todo propietario. Esto significa que, desde ahora, todo lo que el propietario quiera hacer con su vivienda está condicionado a que cumpla con la función social de la propiedad de esta y, en especial, que esté relacionado con su uso y disfrute propio y efectivo. Esta previsión se traducirá, como apunta acertadamente Nasarre Aznar<sup>(70)</sup>, en que «será el gobernante, en cada caso, quien irá determinando ese uso y disfrute propio y efectivo». Parece, en consecuencia, que el legislador no permite que se adquiera una vivienda para no hacer un uso efectivo de la misma porque es obligatorio disfrutar de ella. Como refiere el mismo autor<sup>(71)</sup> con atino, actos como dar en herencia nuestra vivienda a un hijo que tiene una donde está residiendo, o vender o alquilar a una persona jurídica, o incluso montar en un piso una consulta médica no podrían llevarse a cabo, puesto que ninguno de estos actos dominicales implica ese «uso y disfrute propio y efectivo» de la vivienda<sup>(72)</sup>.

Además del uso y disfrute propios y efectivos, contempla el mismo artículo 11, las obligaciones de mantenimiento, conservación y, en su caso, rehabilitación de la vivienda; de evitación de la sobreocupación o del arrendamiento para usos y actividades que no cumplan los requisitos y condiciones de habitabilidad legalmente exigidos; o de cumplimiento de las obligaciones de formación en las operaciones de venta o arrendamiento; o, en fin, la de cumplimiento de las obligaciones de colaboración con la

---

(69) Vid. GÓMEZ GALLIGO, F. J., *RCDI*, p. 27.

(70) Cfr. NASARRE AZNAR, S., *Hay Derecho*.

(71) *Idem* nota anterior.

(72) Cfr. NASARRE AZNAR, S., *Hay Derecho*.

administración competente y suministro de información cuando la vivienda se ubique en una zona de mercado residencial tensionado.

Este estatuto propio de la vivienda configurado en la LDV nos presenta «una propiedad privada de la vivienda antes, regida por el Código Civil, en una especie de tenencia tutelada por el Estado, en una propiedad estatutaria como las aguas, el suelo urbano o las minas»<sup>(73)</sup>.

También contribuyen a la delimitación de las facultades dominicales, las medidas de contención de precios en la regulación de los contratos de arrendamiento de viviendas de su disposición final primera que, más allá de dicho enunciado contiene la modificación de los artículos 10 y 17 de la LAU en materia de duración del contrato de arrendamiento y de fijación de rentas, respectivamente, objeto de atención pormenorizada en este Tratado.

d) Modificaciones de las normas procesales destinadas a conseguir el lanzamiento de los arrendatarios y ocupantes. Por último, hay que tener en cuenta que los requisitos y exigencias que se imponen al propietario, especialmente si es gran tenedor, con la nueva redacción, entre otros, de los artículos 439<sup>(74)</sup>, 441.5<sup>(75)</sup> o 655 bis<sup>(76)</sup> LEC, «son de tal entidad que abocarán a un retraso injustificado en la recuperación de la posesión» de los inmuebles, lo que a la postre afecta a la utilidad individual de los propietarios respecto de esos bienes<sup>(77)</sup> que, eso sí, seguirán obligados a soportar las cargas fiscales (IBI, gastos derivados de la LPH, entre otros). De ahí que no sea de extrañar que un propietario que invirtió en inmuebles para obtener un rendimiento mediante su arrendamiento opte por venderlos ante la desprotección en la que se encuentra.

## 5. ALGUNAS REFLEXIONES

A la vista de lo expuesto hasta aquí, habrá que reflexionar sobre si ese modelo público de propiedad que incorpora la función social como concepto jurídico indeterminado en la normativa autonómica y en la LDV, justifica en todo caso la imposición de limitaciones legales a los propietarios en materia de vivienda que puedan llegar a vaciar el contenido esencial de su derecho de propiedad.

(73) Cfr. NASARRE AZNAR, S., *Hay Derecho*.

(74) La reforma para admisión de demandas de desahucio presentadas por grandes tenedores (Disposición final quinta. Dos). Vid. MAGRO SERVET, V., *Diario La Ley*, p. 10.

(75) Apartado 5.º, en materia de demanda de grandes tenedores.

(76) O el nuevo artículo 665 bis LEC en el caso de subastas de bienes inmuebles para grandes tenedores.

(77) Vid. VERDERA SERVER, R., *ADC*, p. 904.



No deberían ser los propietarios los que tengan que contribuir a financiar los déficits estructurales de recursos públicos en este ámbito, imponiéndoles la asunción de unos costes que no les corresponden, pues se está atacando el núcleo del sentido económico de la propiedad<sup>(78)</sup>. La LDV ha convertido a la propiedad en un derecho más cercano a uno público que al privado poniendo en riesgo lo que el derecho de propiedad significa en términos de libertad individual, democracia y principal activo económico de los ciudadanos<sup>(79)</sup>.

La introducción de un derecho subjetivo adicional basado en decisiones políticas e ideológicas, que concede otros derechos sobre la misma vivienda a personas no propietarias, puede vaciar aún más el derecho de propiedad tradicional. Hay que evitar que se transforme la propiedad en una simple titularidad sin beneficios individuales para el propietario. La seguridad del derecho de propiedad es esencial para la prosperidad económica, y la propiedad privada es fundamental tanto en el sistema jurídico como económico. La mejor función social de la propiedad es la protección de la misma<sup>(80)</sup>.

Para terminar este breve disertado sobre el impacto de la LDV en el derecho de propiedad traigo el Voto Particular<sup>(81)</sup> a la STC 89/1994 de 17 de marzo, que desestimó la cuestión de inconstitucionalidad a propósito de la prórroga forzosa del artículo 57 de la LAU de 1964, entre otros preceptos. Aunque han pasado más de treinta años, a buen seguro es aplicable a la vista de lo expuesto hasta aquí: «No se trata de si el legislador, en aras de la función social de la propiedad y de la protección de otros derechos constitucionales (singularmente los reconocidos en los artículos 39.1 y 47 CE), puede limitar el poder que normalmente el dueño tiene sobre la cosa y, en consecuencia, restringir o anular las facultades de disposición, de uso o de disfrute de los bienes inmobiliarios, sino de otra bien distinta: si al constreñir el derecho de propiedad lo hace de tal manera y con tal intensidad que, el contenido esencial del derecho, reducido en último término a la utilidad individual o a su conversión en un equivalente económico, quede amputado y la propiedad inmobiliaria de bienes urbanos se transforme en una peculiar institución jurídica cuya reconocibilidad como propiedad privada, según los rasgos de la institución perfilados por el Derecho Civil, resulte imposible»<sup>(82)</sup>.

(78) Cfr. VERDERA SERVER, R., *ADC*, p. 867.

(79) Cfr. SIMÓN MORENO, H., *Derecho Privado y Constitución*, p. 144.

(80) VERDERA SERVER, R., *ADC*, pp. 938-939.

(81) *Idem* nota anterior.

(82) STC 89/1994, de 17 de marzo (RTC 1994, 89). Voto Particular del Magistrado don Álvaro Rodríguez Bereijo, al que se adhieren don Pedro Cruz Villalón y don José Gabaldón López.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANGUITA RÍOS, R. M., «La vivienda: entre el derecho humano y el activo financiero. A propósito de la Ley por el Derecho a la Vivienda (1)», *AC*, núm. 11, pp. 1-35.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., «Comentario al artículo 348», en VV. AA., *Comentarios al Código Civil*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- DE PABLO CONTRERAS, P., «La propiedad», VV. AA., *Curso de Derecho Civil III. Derechos Reales*, P. de Pablo Contreras (coord.), Edisofer, Madrid, 2020.
- DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial VI. Derechos Reales*, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- DOMENECH, G., «La verdadera función social del derecho a la propiedad privada», *Almacén de Derecho*, 22 julio 2024, disponible en <https://almacenederecho.org/la-verdadera-funcion-social-del-derecho-a-la-propiedad-privada>.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «El Registro de la propiedad forma parte del núcleo esencial del mismo», *RCDI*, núm. 801, 2024, pp. 13-58.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «Vivienda, nuevas formas de tenencia y Registro de la Propiedad», *RCDI*, núm. 792, 2022, pp. 2312-2329.
- «Disposición de la nuda propiedad de la vivienda familiar», *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1782-1796.
- «El derecho de uso a la vivienda familiar como derecho real inscribible: oportunidad perdida en la Ley 8/2021», *RCDI*, núm. 796, 2023, pp. 1153-1171.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos Reales, Volumen primero, Posesión y Propiedad*, Ed. revisada y puesta al día por A. Luna Serrano, Dykinson, Madrid, 2008.
- LA MONEDA DÍAZ, F., «El concepto de propiedad y su incidencia en la actual crisis económica», *RCDI*, núm. 725, 2011, pp. 1477-1489.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, L. M., «La propiedad», VV. AA., *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, (coord.), Bercal, Madrid, 2024.
- MAGRO SERVET, «Análisis práctico y sistemático de los aspectos relevantes de la nueva Ley de vivienda 12/2023 de 24 de mayo», *Diario La Ley*, núm. 10300, 5 junio 2023.
- MECO TÉBAR, F., «La función social de la propiedad: reconocimiento, alcance y criterios. Especial referencia a la vivienda», en VV. AA., *Derechos Reales (Tratado práctico interdisciplinar)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- MESSÍA DE LA CERDA, J. A., «La función social de la propiedad de la vivienda y las normativas autonómicas», *RCDI*, núm. 782, 2020, pp. 3417-3465.
- MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980.
- NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H., «Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda», *RCDI*, núm. 739, 2013, pp. 3063-3122.
- NASARRE AZNAR, S., «El progresivo debilitamiento de la propiedad privada de la vivienda: la regulación catalana del contrato de arrendamiento de temporada y por habitaciones», disponible en <https://www.hayderecho.com/2024/05/02/vivienda-progresivo-debilitamiento>.





- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.<sup>a</sup>, «Una revolución silenciosa (i): la propiedad privada», *Almacén de Derecho*, 15 de junio de 2018, disponible en <https://almacenederecho.org/una-revolucion-silenciosa-i-la-propiedad-privada>.
- SIMÓN MORENO, H., «La evolución constitucional de la función social de la propiedad y el nuevo régimen del derecho de propiedad sobre una vivienda en la Ley por el Derecho a la Vivienda», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 42, enero-junio 2023, pp. 139-177.
- VERDERA SERVER, R., «Pro proprietate. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada», *ADC*, Tomo LXXVI, 2023, fasc. III (julio-septiembre), pp. 859-988.

## A. PROPIEDAD DE LA VIVIENDA

### A.2 Propiedad horizontal\*

**Amelia Sánchez Gómez**

*Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad Complutense de Madrid  
amesanch@ucm.es*

**Resumen:** *El trabajo analiza la propiedad horizontal como una forma mayoritaria de tenencia de vivienda, con especial énfasis en las limitaciones a las facultades dominicales impuestas por este régimen, especialmente a través de los estatutos, así como las derivadas de las relaciones de vecindad. Se propone una reforma legislativa que se adapte a las necesidades actuales, incluyendo la posibilidad de dotar de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios para mejorar su funcionamiento, así como mecanismos para la resolución de conflictos, entre otros.*

**Palabras clave:** *Propiedad horizontal, limitaciones derecho de propiedad, estatutos, relaciones de vecindad, viviendas turísticas, alquiler habitacional.*

---

\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00).

**Abstract:** *The paper analyzes horizontal property as a majority form of housing tenure, with special emphasis on the limitations to the proprietary powers imposed by this regime, especially through statutes, as well as those derived from neighborly relations. In particular, restrictions that affect the use of housing are addressed, such as prohibitions on tourist accommodation and/or housing rentals. A legislative reform is proposed that adapts to current needs, including the possibility of providing legal personality to communities of owners to improve their functioning, as well as mechanisms for conflict resolution, among others.*

**Keywords:** *Horizontal property, limitations on property rights, statutes, neighbourly relations, tourist housing, housing rentals.*

**Sumario:** 1. Precisiones previas. Del artículo 396 CC a la LPH. 2. La autonomía de voluntad en la propiedad horizontal: El título constitutivo. Los estatutos. 2.1 Prohibiciones o limitaciones de uso o destino contenidas en los estatutos. 2.1.1 Precisiones previas. 2.1.2 Prohibición de destino del elemento privativo vivienda a alojamiento turístico. 2.1.3 ¿Prohibición de destino del elemento privativo vivienda a alquiler habitacional? 3. Limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad sobre elementos privativos derivados de las relaciones de vecindad. 3.1 Precisiones previas. 3.2 Actividades molestas. 3.2.1 Supuestos. 3.2.2 Efectos: La acción de cesación del artículo 7.2. LPH. 4. Propuestas de *lege ferenda*. Bibliografía.

## 1. PRECISIONES PREVIAS. DEL ARTÍCULO 396 CC A LA LPH

Cuando se afronta el estudio de la propiedad horizontal como forma de tenencia de la vivienda habitual, hay que recordar, como se lee en la propia Exposición de Motivos de la Ley 49/1960, de 21 de julio<sup>(1)</sup> (desde ahora LPH), que la esencial razón de ser de su régimen descansa en la finalidad de lograr el acceso a la propiedad urbana mediante una inversión de capital «menos cuantiosa» y «más asequible a todos y la única posible para grandes sectores de personas». De ahí que se presentara en su momento como un gran avance y una solución atractiva y estable a efectos de lograr la finalidad de acceso a la propiedad urbana y dar cumplimiento así al derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada. Resulta loable la

---

(1) Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (BOE núm. 176, de 23 de julio de 1960).

intención de un legislador que, hace más de sesenta años, pretendió dotar de una regulación completa *ex novo* a la propiedad por pisos<sup>(2)</sup>.

La esencia de este régimen radica en que intervienen a la vez dos tipos de propiedades o dos grandes tipos de elementos que recaen sobre diferentes partes del edificio, a saber, los elementos privativos sobre los que los propietarios tienen un derecho de propiedad exclusivo, y los elementos comunes sobre los que existe un derecho de copropiedad a favor de todos los propietarios de pisos y locales, en función a la cuota asignada a estos elementos privativos.

Hasta la promulgación de la citada ley, el artículo 396 CC, modificado en diversas ocasiones<sup>(3)</sup>, la concebía como una modalidad de la comunidad de bienes. Este precepto fue el único apoyo normativo de la propiedad de casas por pisos. En la actualidad, su virtualidad reside en que, de una parte, fija la estructura básica de la propiedad horizontal fijando las líneas básicas de dicho régimen (apartados primero, segundo y tercero) y, de otra, contiene una norma de remisión en lo que respecta al régimen por el que habrá de regirse la propia normativa especial referida, incidiendo en la primacía del acuerdo de los interesados sobre la ley cuando esta contenga normas de carácter dispositivo<sup>(4)</sup>.

A partir de aquí los logros y ventajas de la LPH parecen desvanecerse. Aunque la redacción actual del articulado de dicha ley procede en buena medida de la reforma llevada a cabo por la Ley 8/1999, de 6 de abril<sup>(5)</sup>, ha sido posteriormente objeto de numerosas modificaciones<sup>(6)</sup>, algunas para

---

(2) Como refiere la propia Exposición de Motivos.

(3) La actual redacción del artículo 396 CC procede de la Ley 8/1999, de 6 de abril (disposición adicional única) que se limita a esbozar las líneas principales del régimen, como son la propiedad exclusiva de cada titular sobre los elementos privativos y la copropiedad sobre los elementos comunes, aunque haciendo una prolija enumeración de estos que, sin embargo, no puede considerarse taxativa. Además, el precepto contempla la imposibilidad de realizar actos de disposición separada sobre los elementos comunes por parte de los propietarios y la inexistencia del derecho de tanteo o retracto en caso de enajenación de elementos privativos.

(4) *Vid.* DÍAZ MARTÍNEZ, A., 2020, p. 19.

(5) Que con la rúbrica oficial de «Ley de reforma de la ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal», introduce algunas modificaciones respecto de los distintos órganos de la comunidad de propietarios, regula un nuevo régimen de convocatorias, reduce la presencia de la requerida unanimidad en los acuerdos de la junta de propietarios, crea *ex novo* la obligación para la comunidad de constituir un fondo de reserva, se priva a los propietarios morosos del derecho al voto en las juntas de la comunidad o, en fin, el nuevo artículo 24 que comprende el régimen de los complejos inmobiliarios privados, adecuando la tradicional regulación de la propiedad horizontal a las urbanizaciones privadas.

(6) Posteriormente, Ley 1/2000, de 7 de enero, introdujo en su disposición final primera algunas modificaciones relevantes, como la operada en el artículo 7.2 III en lo relativo al ejercicio de la acción de cesación, así como en el artículo 21, en relación con el procedimiento del cobro de morosos. Digna de mención es la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. El propósito de esta reforma es flexibilizar el régimen de adopción de acuerdos en el seno de la comunidad de propietarios, a fin de facilitar la realización de obras de mejora, accesibilidad y rehabilitación de los inmuebles. Como últimas reformas, cabe citar el Real Decreto-Ley 7/2019, de 1

adaptarse a las actuales técnicas edificatorias y las recientes necesidades sociales, flexibilizando, por ejemplo, el paradigma de la unanimidad previsto especialmente para la renovación del tejido edificatorio urbano<sup>(7)</sup>. Esta manera de proceder por el legislador ha hecho que estas reformas aisladas carezcan de la más mínima técnica jurídica, lo que ha abocado a una regulación que adolece de la necesaria sistemática y ha propiciado la pérdida de calidad de la ley<sup>(8)</sup>.

Este telón de fondo legislativo poco clarificador ante la diversidad de supuestos y situaciones que genera el régimen de la propiedad horizontal ha potenciado la labor de la jurisprudencia que puede calificarse de encomiable. En efecto, ante una ley llena de defectos, en los diversos casos sometidos a su consideración y a fin de componer los intereses en juego, procura buscar la justicia del supuesto concreto lo que desemboca, con frecuencia, en pronunciamientos contradictorios con el inconveniente de no poder aventurar un posible fallo<sup>(9)</sup>. Estamos ante un campo cenagoso propiciado no solo por el panorama legislativo confuso, sino también por la complejidad ínsita en el propio régimen que deriva de la difícil armonización de los derechos individuales y comunes sobre un edificio<sup>(10)</sup>.

El problema en esa armonización se constata cuando se aborda por la jurisprudencia su naturaleza jurídica en la que se observa la falta de consenso al respecto<sup>(11)</sup>. Sea como fuere, siendo básico el elemento privativo en la configuración del régimen de propiedad horizontal, las limitaciones

---

de marzo; o la modificación acometida por la Ley 10/2022, de 14 de junio, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

(7) Como ha ocurrido con la reforma operada por el Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales, derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía. Su disposición final quinta modifica la LPH en línea con el camino de flexibilización que ya inició la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, siendo relevante la modificación del apartado 4.º del artículo 17, que regula el régimen de adopción de acuerdos para la alteración de elementos comunes, con independencia de si el aprovechamiento derivado es general o privativo. ABAD I.; SANDI, A., y PETROSYAN, A., *Diario La Ley*, pp. 1-8.

(8) ORDÁS ALONSO, M., 2023, p. 18.

(9) *Idem* nota anterior.

(10) *Vid.* DÍAZ MARTÍNEZ, A., 2020, p. 20.

(11) ORDÁS ALONSO, M., 2023, p. 17. Mientras que para el Tribunal Supremo constituye «una figura jurídica en la que, junto una propiedad exclusiva sobre un espacio concreto, coexiste una copropiedad obligada, necesaria e indivisible sobre unos elementos comunes [SSTS de 26 noviembre de 2007, (RJ 2008/26); o de 1 febrero de 2007, (RJ 2007, 704)], la DGRN en la Resolución de 17 enero de 2018 (RJ 2018/55) –actual DGSJFP–, señala que «se caracteriza por la existencia de un único derecho de propiedad, cuyo objeto es complejo: el piso, local u otro departamento privativo [...] y la participación inseparable en la titularidad de los elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio. [...] No se trata de dos propiedades yuxtapuestas (la del piso local u otro departamento privativo) y la copropiedad sobre los elementos comunes, sino de un único derecho, de naturaleza especial y compleja».



del propietario sobre el elemento privativo –vivienda– son cada más mayores. A ellas nos vamos a referir en estas líneas.

De una parte, habría que distinguir las limitaciones o prohibiciones que tienen su origen en la autonomía de la voluntad de los propietarios, fundamentalmente, en los estatutos que, como conjunto de reglas plasmadas por escrito y con fuerza de ley establecidas de común acuerdo por los propietarios, tienen carácter vinculante. Estas limitaciones serán objeto de atención por ser las que suscitan mayor litigiosidad en la actualidad, especialmente por las reformas que han establecido mayorías rebajadas en aspectos que pueden coartar la libertad del propietario a la hora de destinar la vivienda a finalidades turísticas y que menoscaban su facultad de disfrute (por ejemplo, en lo relativo a la obtención de elevadas rentas derivadas del alquiler de vivienda a turistas en periodos de tiempo relativamente cortos)<sup>(12)</sup>.

De otra parte, como consecuencia de las intensas relaciones de vecindad entre los distintos propietarios de los pisos integrantes de los edificios, se imponen unos límites que inciden en las facultades de uso de los propietarios sujetos a este régimen. Es ahí donde adquiere una especial relevancia la acción de cesación del artículo 7.2 LPH por el ejercicio de actividades molestas, lo que guarda una profunda conexión con las instituciones de la interdicción del abuso del derecho y las relaciones de vecindad.

Todo ello, sin olvidar la existencia de otras obligaciones que comporta para el propietario la existencia de este régimen que, sin embargo, no van a ser objeto de atención en este lugar, no por menos importantes, sino por razones de espacio. En este sentido, no podemos dejar de mencionar el artículo 7.1. LPH que contempla como plasmación de sus facultades dominicales la de realizar obras en los elementos privativos cuando no menoscaben o alteren la seguridad del edificio, estructura general, configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, pero con la obligación de comunicar la ejecución de dichas obras y sin que pueda, en el resto del inmueble, realizar alteración alguna de manera que si, además, advierte la necesidad de reparaciones urgentes, lo deberá comunicar sin dilación al administrador. No menos interesante es el artículo 9 por cuanto contiene como obligaciones la de respetar las instalaciones generales de la comunidad y demás elementos comunes (apartado e); mantener en buen estado los elementos privativos (apartado b); permitir el acceso en su piso para la reparación de elementos comunes (apartado d); o la de observar la diligencia debida en el uso del inmueble (apartado g). Por su parte, mención especial merece

---

(12) Cfr: NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H., *RCDI*, p. 1086.

el artículo 10.1.d) por cuanto contempla las obras y actuaciones en el régimen de la propiedad horizontal, siendo excesivas las facultades concedidas a la Administración por su injerencia excesiva en el derecho de propiedad; o las obras de conservación del inmueble y sus instalaciones a que quedan obligadas las comunidades de propietarios para satisfacer los requisitos básicos de seguridad y habitabilidad del edificio y de sus servicios e instalaciones comunes del apartado a) del mismo precepto, que no son sino una manifestación de la función social de la propiedad que consagra el artículo 33 CE<sup>(13)</sup>.

En efecto, en el contexto de la propiedad horizontal, el derecho de propiedad individual se encuentra sometido a una serie de limitaciones específicas que derivan de la propia naturaleza del régimen de copropiedad. Estos límites buscan armonizar los intereses de los propietarios individuales con los de la comunidad de propietarios. Algunas de las principales restricciones son las relativas al uso y destino del inmueble puesto que las normas de la comunidad pueden limitar el uso que los propietarios hagan de sus unidades privativas<sup>(14)</sup>.

Las modificaciones en las unidades privativas conforman también un aspecto limitativo de interés pues, aunque el propietario tiene libertad para modificar el interior de su unidad, existen limitaciones que impiden realizar modificaciones que afecten a elementos comunes o a la estructura del edificio, tales como fachada<sup>(15)</sup> o estructura y elementos comunes<sup>(16)</sup>.

Especial relevancia adquiere en este régimen la obligación de contribuir a sufragar los gastos generales, con la problemática que suscita en la actualidad las consecuencias de su contravención (morosidad).

Un aspecto a tener en cuenta también son las prohibiciones relacionadas con la convivencia, porque las comunidades pueden imponer normas de convivencia que limiten actividades que afecten negativamente a otros propietarios.

Por último, la obligación de someterse a las decisiones de la comunidad pone de manifiesto la existencia de limitaciones a las facultades dominicales que se hacen patentes en el régimen de la propiedad horizontal. El propietario individual está sometido a las que se tomen en la junta de

(13) [(SAP Guipúzcoa (Sección 3.ª), núm. 41/2015, de 3 marzo (JUR 2015, 122176)].

(14) Destino de la propiedad: Muchas comunidades establecen que las unidades solo pueden ser utilizadas con fines residenciales o comerciales, según lo estipulado en los estatutos o reglamentos de copropiedad; o actividades prohibidas: Algunas actividades que generan molestias a los vecinos, como el uso de las unidades para negocios que generen ruido o vibraciones, pueden estar prohibidas.

(15) Cambios en la fachada (por ejemplo, la instalación de toldos o cerramientos de balcones) suelen estar sujetos a la aprobación de la comunidad.

(16) Cualquier modificación que afecte la estabilidad o seguridad del edificio o implique un uso diferente de las áreas comunes requerirá generalmente la autorización de la comunidad o incluso de las autoridades locales.

propietarios, siempre que estas respeten la ley y los estatutos. Las decisiones relativas a gastos, mejoras o cambios en la comunidad pueden ser vinculantes, incluso si el propietario votó en contra.

## 2. LA AUTONOMÍA DE VOLUNTAD EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL: EL TÍTULO CONSTITUTIVO. LOS ESTATUTOS

El régimen de la propiedad horizontal se rige, como es sabido, además de por la ley que lleva su nombre en lo atinente a sus preceptos imperativos, por la autonomía de la voluntad de las partes de los copropietarios que la conforman de plena aplicación en este ámbito<sup>(17)</sup>. Buena muestra de ello es el título constitutivo de la propiedad, instrumento privado que conforma un «negocio jurídico de carácter dispositivo dirigido a proclamar que el edificio se halla en situación de propiedad dividida por apartamentos o está en trance a ello»<sup>(18)</sup>. Su virtualidad descansa en que solo a través de su otorgamiento con los requisitos legales se consigue la plena efectividad del régimen de la propiedad horizontal<sup>(19)</sup>. Junto a su contenido necesario (descripción del edificio en su conjunto, descripción de los pisos o locales –elementos privativos– y fijación de las cuotas de participación), es contenido facultativo el estatuto privativo (art. 5.3 LPH) cuyo carácter voluntario descansa sobre la base de la pretendida autosuficiencia de la regulación legal. Sin embargo, la adopción de esta normativa se presenta como altamente aconsejable para adaptar las normas legales a las circunstancias concretas concurrentes en cada caso<sup>(20)</sup>.

En el título constitutivo de la propiedad horizontal se incorporan los estatutos que recogen las normas de constitución, funcionamiento y gobierno de cada comunidad horizontal<sup>(21)</sup>. Están definidos de una manera amplia en el referido precepto como las «reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la ley, en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo, que no perjudicará a terceros, si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad». Repárese en que su contenido no

---

(17) SSTs de 3 septiembre de 2014 (RJ 2014, 4945), 3 diciembre de 2014 (RJ 2014, 6502); o 15 diciembre de 2020 (RJ 2020, 4913).

(18) *Cfr.* SUMMERS ECHEVARRÍA, F. M., 2020, p. 288.

(19) *Cfr.* SUMMERS ECHEVARRÍA, F. M., 2020, p. 317.

(20) *Idem* nota anterior.

(21) *Vid.* GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *RCDI*, 2021, p. 2469.



está especificado, lo que permite afirmar que siempre que no vulnere las disposiciones de la propia ley «es lo suficientemente amplio para que se incorporen en los mismos un sinnúmero de cuestiones o materias»<sup>(22)</sup>.

Por lo tanto, desde el momento en que se entra a formar parte de la comunidad de propietarios, los estatutos son de obligado cumplimiento por lo que es muy importante su conocimiento por parte de los propietarios, especialmente por los nuevos adquirentes<sup>(23)</sup>.

La adopción de las decisiones por la comunidad de propietarios se lleva a cabo a través de la Junta de propietarios con los requisitos legalmente establecidos requiriéndose unanimidad o mayorías concretas según el acuerdo de que se trate. La aprobación o modificación de los estatutos requerirá la unanimidad de los propietarios (art. 17.6 LPH). Sin embargo, la regla de la unanimidad se ha flexibilizado en los últimos años en determinados aspectos mediante mayorías rebajadas para facilitar la gobernabilidad y administración de las comunidades, pues en otro caso es difícil adoptar acuerdos que supongan la modificación del título o de los estatutos para decisiones importantes<sup>(24)</sup>. Es aquí donde la autonomía se ve en cierta medida limitada en base a diversas consideraciones que deben ser objeto de reflexión.

## 2.1 **Prohibiciones o limitaciones de uso o destino contenidas en los estatutos.**

### 2.1.1 *Precisiones previas*

El propietario de una vivienda en el régimen de propiedad horizontal puede verse afectado por cláusulas prohibitivas o limitativas de determinadas actividades que se contemplen en los estatutos comunitarios que, en la medida en que inciden sobre el derecho de propiedad privada, deberían estar establecidas en atención al interés general de la comunidad de propietarios.

El artículo 7.2 LPH prohíbe al propietario y al ocupante del piso o local, desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos. De ahí se deriva indirectamente la legitimidad de cláusulas estatutarias limitativas del uso o destino de pisos (y locales). El problema que se ha planteado radica en determinar si es suficiente la constancia expresa de la prohibición en los estatutos para predicar la validez de

---

(22) *Idem* nota anterior.

(23) *Cfr.* GONZÁLEZ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *RCDI*, 2021, p. 2470.

(24) *Idem* nota anterior.

cualquier tipo de limitación o prohibición. La doctrina<sup>(25)</sup> y jurisprudencia<sup>(26)</sup> se han encargado de perfilar los requisitos que debe reunir una cláusula de limitación de uso o destino, como las relativas a la imposibilidad de que puedan constar en los reglamentos de régimen interior (fraude de ley); la concurrencia de un interés legítimo digno de protección, lo que queda reservado a criterio del juzgador; la necesidad de que respondan al interés general de la propia comunidad, causa justa o un interés público atendible, entre otros<sup>(27)</sup>. Por ello, en caso contrario, la propia LPH contiene un mecanismo para permitir que los acuerdos de la Junta de propietarios puedan ser impugnados ante los tribunales, de conformidad con lo establecido en la legislación procesal general, cuando entre otros supuestos, supongan un grave perjuicio para algún propietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo, o se haya adoptado con abuso de derecho [(art. 18.1.c) LPH].

De resultas, en línea de principio deben considerarse ilícitos «los pactos restrictivos que no sirvan a un interés legítimo digno de protección, sino al mero capricho o la mera arbitrariedad; o bien que se inspiren en principios discriminatorios, como aquellos que impidiesen la utilización del inmueble (la adquisición o el arrendamiento), por parte de personas pertenecientes a determinadas razas, orientaciones sexuales, o con determinadas circunstancias familiares»<sup>(28)</sup>. Serían nulas, entonces, las cláusulas que afectan al contenido esencial del derecho de propiedad como las que implican la anulación «ius utendi» o «ius disponendi», a modo de ejemplo, la prohibición de no arrendar o no enajenar<sup>(29)</sup>.

### 2.1.2 *Prohibición de destino del elemento privativo vivienda a alojamiento turístico*

Si bien es objeto de tratamiento detenido en otro lugar de este Tratado<sup>(30)</sup>, voy a referirme de forma sucinta por la controversia que viene generando esta cuestión en los últimos años, a la posibilidad de prohibir la

(25) Con detalle, recientemente, ORDÁS ALONSO, M., 2023, pp. 26-32.

(26) SSTs de 3 diciembre de 2014 (RJ 2014, 6502), o de 15 junio de 2018 (RJ 2018, 2453).

(27) Se está produciendo cierta ampliación jurisprudencial de lo que debe considerarse actividad prohibida, estimando que lo es aquella de la que se derive un uso o utilización diferente del inmueble de aquel que está previsto en el título constitutivo. En consecuencia, por vía jurisprudencial se ha encontrado una vía de hecho para que, por ejemplo, los copropietarios puedan «echar» al inquilino turista y poner fin a los alquileres vacacionales. Vid. GONÍ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *RCDI*, núm. 765, 2018, p. 502; y, de la misma autora, *RCDI*, 2024, p. 449, nota número 10.

(28) Cfr. ÁLVAREZ OLALLA, P., 2020, pp. 389-390.

(29) Cfr. ÁLVAREZ OLALLA, P., 2020, pp. 390-391; y la doctrina que cita en p. 390 (nota número 37).

(30) Sección 4. Bloque VIII. Apartado c).

actividad de destinar los elementos privativos, en particular, la vivienda a alojamientos turísticos, esto es, a alquiler de «vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada, en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa», arrendamiento que queda fuera del ámbito de aplicación de la LAU (art. 5.e LAU).

Nadie duda de que las perturbaciones y molestias causadas por las viviendas turísticas en los edificios sometidos a un régimen de propiedad horizontal son considerables, especialmente respecto a los elementos comunes del inmueble<sup>(31)</sup>, lo que repercute de manera negativa en la convivencia. Sin embargo, más allá de las posibles consecuencias negativas en el estricto ámbito interno de la comunidad, el fenómeno de las viviendas turísticas en las comunidades de propietarios comporta efectos a tener cuenta, como el encarecimiento del alquiler de viviendas en los núcleos urbanos de las grandes ciudades, haciendo inviable los arrendamientos de media y larga duración; la invasión de turistas en barrios o zonas donde se concentra la oferta de este tipo de viviendas, que va acabando poco a poco con la población residente ordinaria; o la competencia desleal e intrusismo frente a los establecimientos hoteleros reglados<sup>(32)</sup>. De ahí que, hayan sido objeto de atención por las normas sectoriales que son las propias de las CCAA en materia de turismo en las que soluciones varían considerablemente entre unas y otras<sup>(33)</sup>.

A la vista de lo expuesto, el Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, reformó el artículo 17 LPH, mediante la adición de un nuevo apartado 12, permitiendo a las comunidades «limitar o condicionar» el alquiler o explotación turísticas de los pisos pertenecientes a un edificio sujeto a la LPH, con una mayoría rebajada frente a la unanimidad de cuotas y propietarios exigida para la aprobación o modificación de los estatutos con carácter general, donde hasta entonces había que encajar este supuesto (art. 17.6 LPH). Desde su entrada en vigor, para desbloquear la imposibilidad de aprobación del acuerdo de prohibición por la «segura» negativa del propietario del piso turístico, bastará el voto de las tres quintas partes de los propietarios que, a su vez,

(31) Vid. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *RDP*, p. 55.

(32) Vid. MURGA FERNÁNDEZ, J. P., *RCDI*, p. 2223; y BETHENCOURT RODRÍGUEZ, G., *RCDI*, pp. 3041-3043.

Informe Exceltur 2015, «Alojamiento turístico en viviendas de alquiler: impactos y retos asociados. Impactos sociales y económicos sobre los destinos españoles, derivados del exponencial, aumento del alquiler de viviendas, turísticas de corta duración, impulsado por los nuevos modelos y canales de comercialización P2», 24 junio 2015. Disponible en <https://www.exceltur.org/wp-content/uploads/2015/06/Alojamiento-tur%C3%ADstico-en-viviendas-de-alquiler-Impactos-y-retos-asociados.-Informe-completo.-Exceltur.pdf>.

(33) Vid. MURGA FERNÁNDEZ, J. P., *RCDI*, p. 2237.

representen las tres quintas partes de las cuotas (doble mayoría). Así será posible establecer dicha limitación al alquiler turístico en el piso en propiedad horizontal. Obsérvese, que se trata de una previsión que será operativa para la nueva incorporación en los estatutos de dicha limitación de destinar uno de los elementos privativos (un piso) a uso turístico, porque si ya estuvieran incorporadas de manera expresa en el mismo título o estatutos no habría mayor problema al ser una manifestación de esa autonomía privada de los copropietarios<sup>(34)</sup>.

La interpretación del nuevo apartado del artículo 17 LPH ha venido generando una controversia jurídica en el ámbito doctrinal relativa a si la comunidad de propietarios puede prohibir el destino de la vivienda a uso turístico con esa mayoría de 3/5 puesto que el tenor literal del precepto no recoge expresamente el término prohibición, sino los de «limitar o condicionar». Entonces, solamente se podría prohibir dicha actividad si se alcanza el acuerdo unánime de todos los propietarios mediante la modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o de los estatutos (art. 17.6 LPH). Además, contra dicha prohibición se ha aducido el «ius fruendi» de todo propietario de inmueble, lo debe incluir la facultad de arrendar de la manera que estime oportuna. Sin embargo, a favor de la prohibición de uso se manifiesta la doctrina mayoritaria<sup>(35)</sup>, o la propia doctrina administrativa de la DGSGFP en la Resolución de 16 junio de 2020<sup>(36)</sup>.

Desde el punto de vista jurisprudencial, en un primer momento, ya el Tribunal Supremo en las SSTs de 27 y 29 de noviembre de 2023<sup>(37)</sup>, se mostró contrario a las viviendas turísticas en comunidades de propiedad horizontal, argumentando que, si en el título constitutivo o en los estatutos se incluye una prohibición genérica de actividad comercial en los pisos o elementos privativos, la actividad del alquiler turístico estaría prohibida por ser comercial. En consecuencia, los propietarios podrían ordenar el cese de dicha actividad. La unificación de esta doctrina se realizó en la sentencia de 30 de enero de 2024<sup>(38)</sup>.

(34) Vid. GONÍ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *RCDI*, 2021, p. 2472.

(35) Vid. ÁLVAREZ OLALLA, P., 2020, p. 391, en especial nota núm. 38.

(36) RDGSJFP de 16 junio de 2020 (RJ 2020, 3393): «En cuanto al alcance de la modificación que se pueda hacer en los estatutos amparándose en la mayoría especial establecida por el artículo 17.12 de la LPH, [...] el propio texto de la norma, literalmente entendido, cuando alude a que “se limite”, es decir, “poner límites a algo”, en modo alguno está reñida con la prohibición de una actividad. Es más, cuando expresa “limite o condicione”, la disyuntiva indica claramente que se refiere a supuestos distintos la utilización de la “o”, cuando se dice “limite o condicione”, nos indica claramente que se refiere a supuestos distintos, alternativos, yendo de mayor a menor, en cuanto a las facultades limitativas que se reconocen *ex novo* en la Comunidad de Propietarios». FUENTES-LOJO RIUS, A., *RCDI*, pp. 536-554.

(37) RJ 2023/6109 y (RJ 2023/6107), respectivamente.

(38) (JUR 2024/39980).

Como era previsible, posteriormente, la cuestión ha quedado zanjada definitivamente por el Tribunal Supremo terminando así con la inseguridad jurídica suscitada hasta la fecha. Es digna de especial mención la interpretación teleológica del citado artículo 17.12 LPH efectuada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en las SSTS núm. 1232/2024<sup>(39)</sup> y 1233/2024<sup>(40)</sup>, ambas de 3 octubre. Dicha interpretación lleva al Alto Tribunal a defender la legitimación de las prohibiciones de uso de los elementos privativos en régimen de propiedad horizontal, tanto de conformidad con la Constitución Española, en cuanto no alteran el contenido esencial del derecho de propiedad, como a los efectos de conciliar los intereses generales de los propietarios y los de la colectividad. Como expresa la STS 1233/2024<sup>(41)</sup>, la titularidad dominical de los propietarios en el régimen de propiedad horizontal no les concede una pertenencia absoluta con «facultades inquebrantables de gozar y disponer», puesto que caben legítimas restricciones al *agere licere* (al actuar permitido)<sup>(42)</sup>.

En consecuencia, la Sala Primera reconoce en ambas sentencias la licitud de la prohibición estatutaria de alquiler de viviendas de uso turístico, entre otras razones, por la voluntad del legislador proclive al arrendamiento residencial frente al turístico, fundamentada en una interpretación finalista de la expresión «límite o condicione» del citado art. 17.12 de la LPH. Así, de conformidad con el art. 3.1 del Código Civil, atendiendo al sentido gramatical y literal de la norma, señala que aquel precepto no excluye la prohibición y, de otra parte, respondiendo a un criterio teleológico, en coherencia con la finalidad y espíritu del RD 7/2019, reflejado en su Preámbulo, afirma que en la expresión de limitación de la actividad queda incluida su prohibición si el acuerdo que la determine es adoptado por la comunidad de propietarios por la doble mayoría de tres quintos. De exigirse la unanimidad, el solo voto en contra de quien esté interesado en dedicar una vivienda a piso turístico, sería suficiente para obstar el acuerdo y perjudicar a la comunidad de propietarios.

Como corolario de este proceso, el 3 de abril de 2025 entró en vigor la reforma del artículo 7 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (Ley de Propiedad Horizontal), efectuada por la disposición final cuarta de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. Esta reforma ha introducido los esperados y anunciados cambios en la regulación de la actividad de alquiler turístico en el seno de las comunidades de propietarios, restringiéndola y reforzando el control de éstas sobre el uso turístico de las viviendas.

(39) (JUR 2024/369472).

(40) (JUR2024/369473.)

(41) (JUR 2024/369472).

(42) F. D. 3º.

La disposición final cuarta de la citada Ley Orgánica 1/2025, modifica el apartado 12 del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal. Con nueva redacción, la comunidad de propietarios puede prohibir esta actividad mediante un acuerdo adoptado por tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Se ha terminado así con la imprecisión terminológica empleada por la redacción del referido precepto que desde ahora se refiere de manera indubitable al «acuerdo expreso por el que se apruebe, limite, condicione o prohíba el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (...)».

La reforma también introduce un nuevo apartado 3 en el artículo 7 de la LPH que establece que el desarrollo de la actividad de viviendas turísticas se sujeta a la aprobación previa y expresa de la comunidad de propietarios que debe obtenerse mediante un acuerdo adoptado con el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Hasta ahora la regla general era que se admitían las viviendas turísticas salvo prohibición en contrario. Sin embargo, a partir de ahora, no se admitirán, salvo autorización expresa.

Las modificaciones introducidas no tienen efectos retroactivos. La disposición final cuarta de la Ley Orgánica 1/2025 también introduce una disposición adicional segunda en la Ley de Propiedad Horizontal en cuya virtud, los propietarios que ya estuvieran ejerciendo la actividad de alquiler turístico antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2025 y que se hubieran acogido a la normativa sectorial turística, podrán seguir ejerciendo la actividad bajo las condiciones y plazos establecidos en dicha normativa.

### 2.1.3 *¿Prohibición de destino del elemento privativo vivienda a alquiler habitacional?*

Es previsible además que los arrendamientos de habitaciones en propiedad horizontal empiecen a proliferar debido a las restricciones para los propietarios derivadas de la LAU tras reforma por la LDV, con lo que nos encontraríamos con un nuevo problema que presenta cierto paralelismo respecto al expuesto *supra* <sup>(43)</sup>. En efecto, si el propietario decide alquilar todas las habitaciones de un piso con la finalidad de obtener rendimientos, se puede afirmar que la vivienda está destinada a una actividad económica, aunque el uso que los arrendatarios hagan siga siendo residencial. En tal hipótesis, habría que plantear la necesidad de la aprobación de la comuni-

---

(43) Vid. CALLEJO RODRÍGUEZ, C., *RCDI*, pp. 2681-2728, y GONÍ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *RCDI*, 2024, pp. 431-449.

dad de propietarios, en el caso de que el cambio de uso exija consentimiento, según los estatutos de la comunidad, o si ese uso comercial o económico está expresamente prohibido en estos<sup>(44)</sup>.

En relación con esto último, si bien no se trata de un uso propiamente comercial o económico, ya que el piso se destina a vivienda, la doctrina<sup>(45)</sup> ha planteado con buen criterio las semejanzas con una actividad económica y, en concreto, con el arrendamiento de viviendas turísticas cuando todo el piso está destinado a su arrendamiento parcial por habitaciones. Si tenemos en cuenta la doctrina jurisprudencial contenida en las citadas SSTs de 27 y 29 de noviembre de 2023<sup>(46)</sup>, habría que plantear si es pertinente hacerla extensiva al supuesto que nos ocupa, de manera que puedan llegar a tener que autorizarse y/o prohibirse por la Junta de propietarios de la comunidad en la que se establecen<sup>(47)</sup>.

Sin embargo, hay una diferencia importante a tener en cuenta, y es que una prohibición o limitación *a posteriori* de tales arrendamientos que no esté contemplada en los estatutos, no podrá hacerse mediante un acuerdo de mayoría rebajada que se prevé para los arrendamientos turísticos, sino por unanimidad. La especialidad y excepcionalidad del artículo 17.12 LPH impide la aplicación extensiva a otro supuesto fuera de legalmente previsto<sup>(48)</sup>. El problema está precisamente aquí, pues dicha unanimidad será difícil de alcanzar, dado que el propietario que tiene arrendado su piso por habitaciones no dará fácilmente su consentimiento. Por ello, en su caso, la acción de cesación de actividad molesta de estos arrendamientos, cuando se pruebe adecuadamente, puede ser un remedio para paliar los problemas que puedan ocasionar a los vecinos, lo cual deberá ser objeto de prueba, pues no se puede afirmar que el arrendamiento de un piso por habitaciones sea *per se* una actividad molesta en absoluto<sup>(49)</sup>.

Otra cuestión es que, si dichos alquileres proliferan como es previsible y las molestias que producen van en aumento, la jurisprudencia, al igual que ha ocurrido con las viviendas turísticas, podría optar por flexibilizar los requisitos y catalogar en determinados casos al arrendamiento de habitaciones como actividad molesta con el fin de otorgar a los copropietarios algún mecanismo de defensa<sup>(50)</sup>. Por último, no es desdeñable<sup>(51)</sup> que la comunidad de propietarios pudiera aplicar el artículo 398.4 CC, previsto para la comunidad de bienes en las que parte de la cosa es privativa y otra

(44) Vid. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *RCDI*, 2024, pp. 438-439.

(45) *Idem* nota anterior.

(46) (RJ 2023/6109) y (RJ 2023/6107), respectivamente.

(47) Cfr. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *RCDI*, 2024, p. 439.

(48) Cfr. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *RCDI*, 2024, p. 441.

(49) Cfr. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *RCDI*, 2024, p. 443.

(50) *Idem* nota anterior.

(51) Cfr. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *RCDI*, 2024, p. 444.

común, pudiendo adoptarse un acuerdo por mayoría para limitar el uso de la parte común, es decir, portales, escaleras, jardines, piscina o, en su defecto, una resolución judicial que así lo aprobara. La operatividad de este precepto al supuesto contemplado facilitaría a la comunidad de propietarios una herramienta para el control del uso y de las molestias que el abuso de este tipo de arrendamientos pueda ocasionar<sup>(52)</sup>.

### 3. LIMITACIONES AL EJERCICIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE ELEMENTOS PRIVATIVOS DERIVADOS DE LAS RELACIONES DE VECINDAD

#### 3.1 Precisiones previas

En la propiedad horizontal la existencia de relaciones de vecindad entre los distintos propietarios de los pisos integrantes de los edificios es más intensa que cuando la forma de tenencia es la propiedad individual e independiente. Por ello, en este ámbito se ponen de manifiesto de forma más especial los problemas que derivan de aquellas relaciones en el que se hacen patentes, en consecuencia, las limitaciones en el ejercicio del derecho de propiedad sobre los elementos privativos y comunes, puesto que el propietario (o tercero ocupante) se puede ver constreñido en su ejercicio porque puede causar molestias a sus vecinos y viceversa<sup>(53)</sup>. No estamos ante límites del mismo derecho, puesto que no conforman el contenido esencial del derecho de propiedad, sino limitaciones impuestas a los propietarios y ocupantes de viviendas en régimen de propiedad horizontal, a modo de prohibiciones de carácter legal, íntimamente conectadas con las instituciones de las relaciones de vecindad y el abuso del derecho<sup>(54)</sup>. En este ámbito el legislador ha prescindido expresamente de ellas optando por la acción de cesación del artículo 7.2. LPH en el caso de que se lleven a cabo las actividades prohibidas en los estatutos; las que resulten dañosas para la finca, y las que contravengan las disposiciones generales sobre las actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas<sup>(55)</sup>. Su virtualidad radica en que, sobre la base de la prevalencia de los intereses generales sobre los particulares, se impide que el propietario u ocupante del piso lleve a cabo actividades prohibidas, molestas, insalubres, nocivas y peligrosas que se traduzca en un perjuicio del derecho

---

(52) *Idem* nota anterior.

(53) *Cfr.* GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *RCDI*, núm. 765, 2018, p. 497.

(54) *Vid.* MURGA FERNÁNDEZ, J. P., *RCDI*, p. 2237.

(55) STS 27 de noviembre de 2008 (RJ 2008/6069).



ajeno o en menoscabo del conjunto que generen perturbaciones más allá de lo socialmente admisible. Algunos supuestos significativos de este tipo de actividades serían la del ruido, tenencia de animales de compañía o el ejercicio de la prostitución, entre otras<sup>(56)</sup>. Sin embargo, vamos a hacer una mención particular a los pisos dedicados al turismo.

## 3.2 Actividades molestas

### 3.2.1 Supuestos

Es un caso controvertido en la práctica el de destino de un piso a alojamiento turístico a efectos de su consideración como actividad molesta. Al respecto he de indicar que hay varias hipótesis.

La primera posibilidad se refiere al supuesto en que en el título constitutivo o en los estatutos de un edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal figure expresamente establecida la prohibición de que los inmuebles no puedan destinarse al uso turístico. En este caso la comunidad puede ordenar la inmediata cesación de dicha actividad sin que sea necesario entrar a valorar si se trata de una actividad molesta o no. Debido al carácter reciente en que se está llevando a cabo este tipo de actividades en las comunidades de propietarios, lo más probable es que no esté expresamente prohibido este supuesto.

Por su parte, la segunda hipótesis alude a que en el título constitutivo o en los estatutos se haya incluido una prohibición genérica de actividad comercial en los inmuebles<sup>(57)</sup>. Como supuesto más frecuente hasta el momento, el Tribunal Supremo ha considerado en las SSTs de 27 y 29 de noviembre de 2023<sup>(58)</sup> que la actividad del alquiler turístico es comercial y por tanto tendría cabida en esa prohibición, por lo que la comunidad de propietarios, al igual que en el caso anterior, puede poner en marcha la medida de cesación de dicha actividad *ex* artículo 7.2 LPH. En sentido similar, la STS de 30 enero 2024 estima que procede la acción de cesación del uso de la vivienda para destino turístico dado que en los estatutos de la comunidad figura una limitación a la industria de hostelería<sup>(59)</sup>.

En tercer lugar, si en el título constitutivo o en los estatutos no figura ninguna prohibición al respecto, sino a lo sumo una prohibición genérica de actividades que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, mientras se lleva

(56) *Vid.* ÁLVAREZ OLALLA, P., 2020, pp. 404-410.

(57) O de hospedaje. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *RCDI*, núm. 765, 2018, p. 500.

(58) (RJ 2023/6109) y (RJ 2023/6107), respectivamente.

(59) (JUR 2024/39980).

a cabo, en su caso, la oportuna modificación de los estatutos para incorporar expresamente el alquiler vacacional como actividad prohibida, habrá que determinar, esto es, probar de forma concluyente y convincente, pues no cabe hacer dicha calificación de forma apriorística<sup>(60)</sup>, si esa actividad turística de vivienda colaborativa que se está llevando a cabo es dañosa, molesta, insalubre, nociva o peligrosa o ilícita en cuyo caso procedería también la acción de cesación.

Por lo que se refiere al alquiler vacacional, atendiendo al Decreto 2414/1961 de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, estimamos con la doctrina<sup>(61)</sup> que la actividad del alojamiento turístico puede encajar en actividades molestas o, incluso dañosas, cuando el deterioro se va a produciendo desde el inicio del alojamiento turístico. No parece pertinente su catalogación como insalubres porque no se trata normalmente de actividades que perjudican la salud humana, ni tampoco de nocivas, por cuanto no encajan bien en el entorno de la propiedad horizontal de naturaleza urbana. Tampoco resulta coherente con el referido Decreto 2414/1961 de 30 de noviembre, su conceptualización como peligrosas puesto que normalmente el alojamiento turístico no tiene que ver con ese tipo de actividades. Respecto a su consideración como actividad ilícita, solamente lo sería si estuviera prohibida expresamente en la correspondiente legislación administrativa, o no cumple los requisitos legales necesarios.

### 3.2.2 Efectos: La acción de cesación del artículo 7.2. LPH

Las consecuencias del incumplimiento de lo prohibido en los estatutos, o el ejercicio en los pisos de una actividad de alojamiento turístico como supuesto bastante frecuente en la actualidad, no son irrelevantes porque se legitima el presidente de la comunidad para instar la acción de cesación inmediata de la actividad ante la vía judicial, e incluso llegar a una medida que comporta el límite más importante al derecho de propiedad como es la privación del uso de la vivienda (o local) al propio propietario, por un plazo no superior a tres años sin que cese el pago de los gastos inherentes a su titularidad.

En el caso de que el inmueble lo ocupe un tercero (arrendatario, comodatario, precarista) se faculta al presidente a instar la resolución del contrato o derecho sobre la vivienda, así como su inmediato lanzamiento. La prevalencia del interés general y la limitación del derecho a la propie-

(60) Cfr: GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *RCDI*, núm. 765, 2018, p. 502.

(61) Cfr: GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *RCDI*, núm. 765, 2018, p. 501.

dad llega en este supuesto a tal extremo que un tercero está facultado para entablar la acción judicial, pudiendo obtener sobre la base de dicho precepto la resolución de relaciones jurídicas que les sean absolutamente ajenas<sup>(62)</sup>.

Sobre el ejercicio de la acción de cesación frente a los huéspedes que son los que realmente realizan las actividades molestas, el artículo 7.2 LPH suscita alguna reflexión. Es verdad que las actividades molestas las realizan los ocupantes y en ese sentido frente a ellos debería dirigirse la acción. Sin embargo, la brevedad del uso impide que pueda dirigirse la acción también frente a ellos pues muchas veces habrán abandonado ya el piso y por lo tanto no se les puede ordenar el cese de su actividad, ni menos, en última instancia su lanzamiento, máxime cuando es probable, además, que sus acciones aisladamente consideradas no sean tan molestas o dañosas. Con buen criterio precisa Goñi Rodríguez de Almeida<sup>(63)</sup> que lo más adecuado es utilizar esta acción frente al propietario del piso.

#### 4. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

Antes de terminar este breve disertar sobre la propiedad horizontal conviene hacer una reflexión sobre la necesidad de la reforma legislativa de la materia que la regula a fin de adecuarla a las actuales necesidades socioeconómicas de las comunidades de propietarios, puesto que la sociedad actual dista mucho de ser la de los años sesenta, la que vio nacer a nuestra LPH. Ello sin olvidar, además, que la mayoría de los ciudadanos desenvuelve su vida en una vivienda sometida al régimen de propiedad horizontal. Sin ánimo de exhaustividad, no pueden desconocerse los problemas que afectan a un buen número de comunidades de propietarios como el mal estado de muchos edificios consecuencia de su antigüedad y del mal estado de conservación del parque de viviendas<sup>(64)</sup>. Ello obliga a apostar de manera urgente por el mantenimiento de los edificios, a incidir en la importancia de las ayudas públicas para sufragar parte del gasto de la rehabilitación y en la conveniencia de conseguir una mayor rentabilidad del fondo de reserva de la comunidad, lo que suscita diferentes problemas jurídicos de gran calado<sup>(65)</sup>. Es necesario también poner el foco de atención en la accesibilidad y la mejora energética de los edificios siendo per-

(62) Vid. LA MONEDA DÍAZ, F., *RCDI*, p. 1488.

(63) Vid. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *RCDI*, núm. 765, 2018, p. 505.

(64) Vid. NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H., *RCDI*, pp. 1068-1071.

(65) Vid. ALONSO PÉREZ, M.<sup>a</sup> T., *AC*, pp. 1-19.

tinente, incrementar los subsidios públicos, tanto para la rehabilitación de viviendas como para la mejora de la eficiencia energética<sup>(66)</sup>.

En consecuencia, el legislador debería contemplar la necesidad de dotar personalidad jurídica a la comunidad de propietarios pues es una realidad innegable que han dejado de asemejarse a las comunidades de bienes ordinarias. A mayor precisión, cabe predicar de ellas los elementos que toda organización de personas debe tener para que el ordenamiento jurídico le reconozca personalidad jurídica, lo que se ha advertido de manera detallada por la doctrina<sup>(67)</sup>. La falta de dicho reconocimiento plantea numerosos problemas en el tráfico jurídico, uno de los de mayor trascendencia es la imposibilidad de inscribir derechos en el Registro de Propiedad a favor de tales comunidades<sup>(68)</sup>. Sin embargo, pueden llevar a cabo determinados actos jurídicos cuando conviene al legislador a través de la figura del presidente (art. 13.3 LPH) como ocurre para el pago de impuestos y tasas, para la asistencia a juicio en representación de los intereses de la comunidad una vez existe un acuerdo previo de la junta de propietarios, o para la celebración de contratos laborales, entre otros. Pero no pueden actuar plenamente en el tráfico jurídico con seguridad pues no pueden ser propietarias de bienes con carácter general, ni tampoco ser declarada la comunidad de propietarios en concurso de acreedores<sup>(69)</sup>, con los efectos que ello comporta<sup>(70)</sup>. Entonces, el elemento de mayor importancia para poder afirmar que las comunidades de propietarios poseen personalidad jurídica en el ordenamiento español depende de su reconocimiento por parte del legislador español, pues las comunidades de propietarios no comparten ninguna nota con los demás entes sin personalidad jurídica<sup>(71)</sup>.

Desde el punto de vista de su funcionamiento interno, como aspectos relativos a su gestión y administración, sería bueno mejorar los mecanismos actuales de cobro de las comunidades más allá del crédito preferencial que regula el artículo 9.1 LPH<sup>(72)</sup>. Son interesantes también las propuestas de mejoras que atienden a la potenciación del uso de herramientas digitales en el día a día de las comunidades de propietarios (notifica-

---

(66) Vid. NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H., *RCDI*, p. 1078.

(67) Vid. MURUAGA HERRERO, P., *RCDI*, pp. 31-51.

(68) Si se ha permitido la inscripción de derechos a su favor en los supuestos de «ejecuciones judiciales, como una consecuencia normal de la ejecución de un embargo por deudas de uno de los propietarios». MURUAGA HERRERO, P., *RCDI*, pp. 44-49.

(69) Cfr. NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H., *RCDI*, p. 1076.

(70) Sus acreedores deben demandar por la vía civil primero a la comunidad y posteriormente a cada uno de sus propietarios (art. 22.1 LPH). Respecto a las deudas de la comunidad éstos tienen una responsabilidad subsidiaria, mancomunada y proporcional a su cuota de participación en el régimen de propiedad horizontal. Vid. NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H., *RCDI*, p. 1076 y la doctrina que allí cita.

(71) Vid. MURUAGA HERRERO, P., *RCDI*, pp. 13-65.

(72) Vid. NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H., *RCDI*, pp. 1077-1078.



ción de convocatorias por vía telemática, asistencia y votación a las reuniones por videoconferencia). Además, a efectos de afrontar los problemas y conflictos entre los propietarios de la comunidad que generan mucha litigiosidad, se propone la potenciación de los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos como el arbitraje y la mediación, a la vista de la preferencia por los procesos judiciales en el ámbito de las comunidades de propietarios para algunas controversias<sup>(73)</sup>.

Por último, en relación con la limitación de las facultades de los propietarios que parece imponerse con fuerza en la práctica por vía estatutaria tras la reforma del artículo 17.12 LPH, concuerdo con que el ámbito de libertad del propietario se está restringiendo de una manera que podría calificarse abusiva y acaso contraria al artículo 33 CE, pues solo mediante un análisis caso por caso habrá que determinar si la existencia de viviendas de uso turístico o, más recientemente, el alquiler de todas las habitaciones de una vivienda en un edificio en propiedad horizontal conforma una actividad contraria a la convivencia normal en la comunidad.

Este tipo de actividades se ha convertido hasta el momento en una vía de escape atractiva para obviar las importantes restricciones establecidas al derecho de propiedad en materia de arrendamientos urbanos a favor de los arrendatarios y poder así obtener los propietarios rendimientos económicos rápidos y elevados de la vivienda como activo patrimonial. Sin embargo, es previsible que el destino de la vivienda a actividad turística y/o alquiler habitacional tenga los días contados porque desde las CCAA se están empezando a adoptar medidas para su prohibición y poder incorporar a la oferta de vivienda para alquiler residencial o venta un buen número de viviendas.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABAD, I.; SANDI, A., y PETROSYAN, A., «Las modificaciones operadas en la ley de propiedad horizontal por el Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre», *Diario La Ley* Núm. 10515, Sección Tribuna, 29 de mayo de 2024, pp. 1-8.
- ALONSO PÉREZ, M.<sup>a</sup> T., «La financiación de la rehabilitación para mejorar la sostenibilidad de los edificios en régimen de propiedad horizontal», *AC*, núm. 7, julio 2024, pp. 1-19.
- ÁLVAREZ OLALLA, P., «Comentario al artículo 7.2», en VV. AA., *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 6.<sup>a</sup> edición, 2020.

---

(73) *Vid.* NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H., *RCDI*, p. 1083.

- BETHENCOURT RODRÍGUEZ, G., «La comunidad de propietarios ante el fenómeno del alquiler vacacional», *RCDI*, núm. 776, 2019, pp. 3040-3060.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, C., «Régimen jurídico aplicable al alquiler y al subarriendo de habitaciones destinados a vivienda permanente», *RCDI*, núm. 799, 2023, pp. 2681-2728.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso de Derecho», *RDP*, núm. 102, 2018, pp. 53-88.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Comentario al artículo 396», en VV. AA., *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 6.<sup>a</sup> edición, 2020.
- FUENTES-LOJO RIUS, A., «Últimas novedades sobre acuerdos comunitarios prohibitivos de viviendas de uso turístico y de otras modalidades de alojamiento turístico. Comentarios a la RDGSJFP de 16 de junio de 2020», *RCDI*, núm. 783, 2021, pp. 536-554.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «El alquiler habitacional como actividad molesta en la Comunidad de propietarios», *RCDI*, núm. 765, 2018, pp. 496-512.
- «El cambio de uso de un elemento privativo en propiedad horizontal: de vivienda a alojamiento turístico», *RCDI*, núm. 767, 2018, pp. 1545-1556.
- «Acuerdos para el establecimiento de prohibiciones en los estatutos de propiedad horizontal», *RCDI*, núm. 786, 2021, pp. 2468-2481.
- «El arrendamiento de habitación en un edificio en propiedad horizontal», *RCDI*, núm. 801, 2024, pp. 431-449.
- LA MONEDA DÍAZ, F., «El concepto de propiedad y su incidencia en la actual crisis económica», *RCDI*, núm. 725, 2011, pp. 1477-1489.
- MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «Viviendas turísticas y comunidades de propietarios: *status quaestionis* y posibilidades de actuación a la luz del nuevo artículo 17.12. De la ley de propiedad horizontal», *RCDI*, núm. 775, 2019, pp. 2221-2276.
- MURUAGA HERRERO, P., «Personalidad jurídica de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal y la inscripción a su favor de derechos en el Registro de la Propiedad: 13 Rue del Percebe», *RCDI*, núm. 795, 2023, pp. 13-65.
- NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H., «Los efectos de diez años de crisis en las comunidades de propietarios», *RCDI*, núm. 778, 2020, pp. 1065-1099.
- ORDÁS ALONSO, M., *Propiedad horizontal: derechos y deberes de los propietarios*, Bosch, Madrid, 2023.
- SUMMERS ECHEVARRÍA, F. M., «Comentario al artículo 5», en VV. AA., *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 6.<sup>a</sup> edición, 2020.

## A. PROPIEDAD DE LA VIVIENDA

### A.3 La protección constitucional de la propiedad privada \*

**Héctor Simón Moreno**

*Profesor Agregado de Derecho Civil*

*Universidad Rovira i Virgili. Cátedra UNESCO de Vivienda*

*hector.simon@urv.cat*

**Resumen:** *El presente trabajo aborda brevemente la protección constitucional de la propiedad privada regulada en el artículo 33 CE, que se concreta en el derecho a la tutela judicial efectiva, la reserva de ley, el respecto a su contenido esencial y la garantía expropiatoria, y muestra cómo se ha ido erosionando paulatinamente el derecho de propiedad desde la aprobación de la CE con base en la función social de la propiedad y el derecho a la vivienda.*

**Palabras clave:** *Derecho de propiedad privada; derecho a la vivienda; Constitución Española; función social; libertad.*

**Abstract:** *This work briefly addresses the constitutional protection of private property regulated in artículo 33 CE, which is specified in the right to*

---

\* El presente trabajo se desarrolla en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades «Vivir en comunidad: nuevas reglas para un nuevo paradigma» (PID2020-112876GB-C31).

*effective judicial protection, the reservation of law, respect for its essential content and the expropriation guarantee, and reveals how the right to property has been gradually eroded since the approval of the CE based on the social function of property and the right to housing.*

**Keywords:** *Right to private property; right to housing; Spanish Constitution; social function; freedom.*

**Sumario:** 1. La regulación del derecho de propiedad privada en la CE. 1.1 Su configuración como un derecho económico y social. 1.2 La doble dimensión del derecho de propiedad privada. 2. La tutela judicial efectiva. 3. La reserva de ley. 4. El contenido esencial del derecho de propiedad privada. 4.1 El concepto de contenido esencial. 4.2 El abandono del principio de proporcionalidad. 5. La garantía expropiatoria. Bibliografía.

## 1. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA EN LA CE

### 1.1 Su configuración como un derecho económico y social

El derecho de propiedad privada se regula en el artículo 33 CE, que se ubica en la Sección 1.<sup>a</sup>, Capítulo II, del Título I de la CE<sup>(1)</sup>. Este hecho tiene un impacto relevante en la protección que le brinda la magna carta en tanto que no se considera un derecho fundamental<sup>(2)</sup>, lo que implica lo siguiente: a) en primer lugar, que si bien la persona interesada puede

---

(1) «1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

(2) Con todo, el derecho de propiedad privada fue reconocido como fundamental en la STC 204/2004, de 18 de noviembre (RTC 2004/204). Esta elección del poder constituyente puede tener su origen en que su preocupación era garantizar la libertad política y el pluralismo (ausente durante el régimen franquista) porque no existían grandes controversias sobre el concepto de propiedad, ya alejado en ese momento de la concepción liberal del siglo XIX e imbuida de la función social ya presente en la Constitución de Weimar, de acuerdo con MURILLO DE LA CUEVA, 2003, pp. 286-287. De hecho, la STS de 27 de octubre de 1979 (RJ 1979/3841) mantuvo que las disposiciones del artículo 33 CE eran «escasamente innovadoras, por hallarse otras similares en los textos fundamentales precedentemente vigentes». Otra explicación plausible es que su no caracterización como derecho fundamental se deba a una cuestión práctica: su potencial servicio al interés general no casaría con una regulación por ley orgánica (menos ágil) y con una resolución de los potenciales conflictos por un recurso de amparo, de acuerdo con JUÁREZ TORREJÓN, 2022, p. 31.



buscar protección en los tribunales ordinarios en caso de violación de este derecho (quienes tienen la posibilidad de interponer una cuestión de inconstitucionalidad, STC 67/1988, de 18 de abril)<sup>(3)</sup>, no puede beneficiarse de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (STS de 17 de julio de 1984)<sup>(4)</sup> ni está legitimada para interponer un recurso de amparo (Auto TC 82/1980, de 5 de noviembre<sup>(5)</sup> y STC 16/1981, de 18 de mayo)<sup>(6)</sup>; b) en segundo lugar, que el desarrollo del derecho de propiedad privada podrá tener lugar por ley ordinaria (art. 53.1 CE), sin que sea una materia reservada a la ley orgánica (cuya aprobación exige una mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados, artículo 81 CE), pero que en todo caso deberá respetar su contenido esencial; c) en tercer lugar, que su posible reforma constitucional no necesitaría del mecanismo agravado de reforma constitucional (art. 168 CE); y d) en cuarto lugar, que si bien cualquier limitación por parte del legislador a un derecho fundamental debe cumplir con un juicio de ponderación o canon de constitucionalidad (el denominado principio de proporcionalidad, STC 112/2021, de 13 de mayo)<sup>(7)</sup>, éste ha sido abandonado por el TC en el ámbito del derecho de propiedad privada.

De este modo, la principal protección que la CE brindaría al derecho de propiedad privada gracias a su ubicación sistemática sería la reserva de ley y su vinculación a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE), la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y el debido respeto del legislador a su contenido esencial.

## 1.2 La doble dimensión del derecho de propiedad privada

La protección constitucional del derecho de propiedad privada también depende en buena medida de la interpretación del artículo 33 CE. Desde esta perspectiva, el artículo 33.1 CE contiene una doble garantía de este derecho (STC 111/1983, de 2 de diciembre)<sup>(8)</sup>: una vertiente institucional y otra vertiente individual.

(3) RTC 1988\67.

(4) RJ 1984\4254.

(5) RTC 1980\82 AUTO.

(6) BOE núm. 143, 16 de junio de 1981.

(7) ECLI: ES: TC:2021:112. Debe analizarse, pues, «[S]i la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)». Ver también FERNÁNDEZ NIETO, 2008, pp. 417 ss. Sobre ello, vid. *infra* epígrafe 4.2.

(8) BOE núm. 298, 14 de diciembre de 1983.

Desde la vertiente institucional, el derecho de propiedad privada se configura en la CE como un elemento más de su modelo económico-social, de modo que se encontraría vinculada a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), al tiempo que constituiría un presupuesto patrimonial indispensable para configurar la vida personal libremente y desplegar la libertad en los ámbitos de la actividad económica, como el trabajo y la libertad de empresa (art. 38 CE)<sup>(9)</sup>. La propiedad, pues, queda intrínsecamente relacionada con otros derechos y principios constitucionales como el principio de seguridad jurídica y la prohibición de irretroactividad de las disposiciones limitativas de derechos individuales (art. 9.3 CE), el derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE) o los artículos 128.1 y 132.2 CE, que son una muestra del potencial expansivo del dominio público frente a la propiedad privada, como lo demuestra la extensión del dominio público marítimo-terrestre efectuado por la LC<sup>(10)</sup>.

Y desde la vertiente individual, el artículo 33.1 CE regularía «situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial», entre ellas la propiedad inmobiliaria<sup>(11)</sup> o la agraria (STC 37/1987, de 26 de marzo)<sup>(12)</sup>, los derechos resultantes de un contrato de arrendamiento urbano (STC 89/1994, de 17 de abril)<sup>(13)</sup>, los derechos de aprovechamiento sobre bienes de dominio público (STC 227/1988, de 29 de noviembre)<sup>(14)</sup> o las acciones de protección social (STC 154/2015, de 9 de julio)<sup>(15)</sup>, pero no se recogen las meras expectativas (SSTC 144/2015, de 22 de junio y 108/1986, de 29 de julio)<sup>(16)</sup> o las situaciones adquiridas ilegalmente (STC 65/1987, de 21 de mayo)<sup>(17)</sup>. La STC 37/1987 matiza que la CE reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero al mismo tiempo «como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores e intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social». De este modo, el contenido esencial del derecho incluiría no solo una utilidad individual sino también una «dimensión supraindividual o social» (STC 227/1988). El concepto de función social no queda delimitado en la CE y permite al legislador actuar sobre el derecho de propiedad

(9) PÉREZ LUÑO Y RODRÍGUEZ DE QUÍÑONES Y DE TORRES, 1996, pp. 516 ss.; PAREJO ALFONSO, 2001, pp. 109 ss.; y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2008, p. 903.

(10) De esta potencialidad expansiva del dominio público frente a la propiedad privada se hace eco MURILLO DE LA CUEVA, 2003, pp. 288-289.

(11) RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2008, pp. 904-905.

(12) RTC 1987\37.

(13) RTC 1994\89.

(14) RTC 1988\227.

(15) RTC 2015\154.

(16) RTC 2015\144 y RTC 1986\108, respectivamente.

(17) RTC 1987\65.

privada de distintas formas<sup>(18)</sup> en vistas de establecer, por primera vez, «verdaderos límites positivos, que favorecen la consecución de objetivos por la comunidad». <sup>(19)</sup> Además, el derecho de propiedad privada se concibe como un «derecho subjetivo debilitado» por cuanto «cede para convertirse en un equivalente económico cuando el bien de la comunidad... legitima la expropiación» (STC 111/1983), lo que entronca con otra garantía de este derecho: el mecanismo de la expropiación forzosa (art. 33.3 CE).

Finalmente, el artículo 33.1 CE también incluye la garantía institucional de la herencia (*cf.* art. 659 CC). De este modo, se garantiza al individuo la facultad de decidir el destino de sus bienes después de su muerte sin que pasen a ser de dominio público. Ello no es óbice para que el legislador pueda establecer las formas más adecuadas de ordenar la sucesión (ej. vía testamento o pacto sucesorio), aunque está por ver –debido a la protección de la familia (art. 39.1 CE) y la función social de la propiedad (art. 33.2 CE)– si podría llegar a suprimir algunas limitaciones a la libertad de testar, como las legítimas<sup>(20)</sup>.

Sobre estas bases se analizan a continuación los aspectos que apriorísticamente protegen el derecho de propiedad privada en la CE: la tutela judicial efectiva, la reserva de ley, el contenido esencial del derecho de propiedad privada y la garantía expropiatoria.

## 2. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El derecho a la tutela judicial efectiva se recoge en el artículo 24.1 CE de la siguiente forma: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». Dentro de su contenido esencial se incluyen «las garantías de acceso a la jurisdicción y a los recursos legalmente establecidos, y de obtención de una consecuente respuesta judicial que reúna los requisitos de jurídicamente fundada, motivada y razonable» (SSTC 90/1983, de 7 de noviembre, 120/1993, de 19

---

(18) El legislador estaría habilitado para delimitar el derecho de propiedad privada por estas vías (LÓPEZ Y LÓPEZ, 2018, pp. 52-53): «1. Falta de atribución al propietario de determinadas facultades: reducción del contenido de la propiedad, hecha con carácter general y definitiva en relación con los poderes del sujeto sobre una categoría de bienes. 2. Establecimiento de un conjunto de condiciones, variables según los supuestos, para el ejercicio de las facultades atribuidas. 3. Fijación de obligaciones y cargas que imponen actividad al poder del propietario y que pueden determinar la pérdida de la titularidad o recortes en el ejercicio de las facultades nucleadas en el derecho subjetivo».

(19) MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, RCDI, p. 3443.

(20) RIQUELME VÁZQUEZ, 2020, pp. 383 ss.

de abril y 62/1997, de 7 de abril)<sup>(21)</sup>, predicables de todas las personas que sean titulares de derechos e intereses legítimos (STC 164/2003, de 29 de septiembre)<sup>(22)</sup>, incluido el derecho de propiedad privada, y en las que cabe incluir, por ejemplo, la garantía de un proceso contradictorio con igualdad de armas para las partes (STC 88/1999 de 26 mayo)<sup>(23)</sup> y el derecho a obtener la ejecución de sentencias (STC 205/1987, de 21 de diciembre)<sup>(24)</sup>.

Con todo, este derecho solo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece, es decir, es un derecho de configuración legal, por lo que es posible establecer límites al acceso a la jurisdicción, siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos (STC 99/1985, de 30 de septiembre)<sup>(25)</sup>. En este sentido, la persona propietaria dispone de diversas vías para defender su derecho de propiedad como la acción reivindicatoria y la declarativa de dominio (art. 348 CC).

Ciertamente, el legislador ha implementado medidas que o bien afectan el acceso a la tutela judicial efectiva o bien la ejecución de las sentencias judiciales que ordenan el lanzamiento de sus ocupantes. En el primer caso, un ejemplo es la LDV, que ha implementado en las demandas que se sustancien por los artículos 250.1, 2, 4 y 7 LEC nuevos requisitos de admisibilidad de la demanda si el inmueble constituye vivienda habitual de la persona ocupante y el demandante tiene la condición de gran tenedor (art. 3.1.k LDV)<sup>(26)</sup>, que han sido declarados inconstitucionales por STC 26/2025, de 29 de enero<sup>(27)</sup>. Sea como fuere, la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero prevé como requisito de procedibilidad de las demandas civiles (incluida, por ejemplo, la acción reivindicatoria) el haber acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias (art. 5). Otro ejemplo es la Ley 5/2018, de 11 de junio<sup>(28)</sup> (considerada constitucional por STC 32/2019, de 28 de febrero)<sup>(29)</sup>, que implementó un proceso especial para la recuperación de la posesión de la vivienda okupada. Y en el segundo caso, la STC 7/2024, de 16 enero ha declarado la constitucionalidad del artículo 2.2 del Real Decreto-ley 16/2021, de 3 de agosto<sup>(30)</sup>, que alargaba la potestad judicial de suspensión del lanzamiento de la vivienda habitual de aquellas

(21) RTC 1983\90, RTC 1993\120 y RTC 1997\62.

(22) RTC 2003\164.

(23) RTC 1999\88.

(24) RTC 1987\205.

(25) RTC 1985\99.

(26) El gran tenedor debe acreditar si el ocupante se encuentra o no en situación de vulnerabilidad y el sometimiento obligatorio a un procedimiento de conciliación o intermediación (DF 5.ª LDV).

(27) BOE núm. 3, 3 de enero de 2025.

(28) BOE núm. 142, 12 de junio de 2018.

(29) ECLI: ES: TC:2019:32.

(30) BOE núm. 185, 4 de agosto de 2021.



personas que la estaban okupando sin título y personas económicamente vulnerables y sin alternativa habitacional hasta el 31 de octubre de 2021, dado que no afectaba a la ejecutividad de la sentencia (solo se dilataba de forma temporal). En parecidos términos, SSTC 15/2023, de 7 de marzo y 9/2023, de 22 de febrero<sup>(31)</sup>. De hecho, la primera medida de este tipo se implementó con el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo<sup>(32)</sup> en el marco de la crisis derivada de la COVID-19, cuyos ámbito subjetivo y objetivo se han ido ampliando a medida que se iba alargando el plazo temporal hasta –por el momento– el 31 de diciembre de 2024 (Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre)<sup>(33)</sup>. La problemática de estas últimas medidas es que su aprobación podía justificarse atendiendo al contexto económico y social del momento, pero con el paso el tiempo han dejado de ser una afectación mínima y temporal del derecho de propiedad pasando a ser, como defienden los votos particulares de la STC 7/2024, «una afectación indefinida» al contenido esencial del derecho de propiedad<sup>(34)</sup>.

En fin, el derecho a la tutela judicial efectiva protege el derecho a la propiedad privada, pero puede verse modulado por el legislador por la aplicación de principios rectores de la CE como el derecho a la vivienda (art. 47 CE)<sup>(35)</sup>.

### 3. LA RESERVA DE LEY

La reserva de ley para desarrollar el derecho de propiedad privada es relativa, en tanto que no se exige una ley orgánica. El legislador competente para llevar a cabo dicho desarrollo será quien tiene atribuida la tutela de tales intereses o la competencia en relación con cada materia que pueda

(31) ECLI: ES: TC:2023:15 y ECLI: ES: TC:2023:9, respectivamente.

(32) BOE núm. 91, 1 de abril de 2020.

(33) BOE núm. 310, 28 de diciembre de 2023. En efecto, la medida afectaba en un primer momento únicamente a los juicios sobre reclamación de renta/cantidades debidas o la expiración del plazo de duración (art. 1. RDL 11/2020), afectando a arrendadores personas físicas o jurídicas, mientras que a partir del RDL 21/2021 (nuevo artículo 1 bis RDL 11/2020) se incluye la posibilidad de suspensión del lanzamiento personas vulnerables en juicios posesorios (arts. 250.2, 4 y 7 LEC) y penales por usurpación no violenta (art. 245.2 CP), afectando solo a personas jurídicas o a personas físicas titulares de más de diez viviendas.

(34) Sobre ello, vid. *infra* epígrafe 4.2.

(35) Así concluye RODRÍGUEZ –IZQUIERDO SERRANO, REDC, p. 67 al analizar las SSTC 161/2021, de 4 de octubre (ECLI: ES: TC:2021:161) y 113/2021, de 31 de mayo (ECLI: ES: TC:2021:113), en las que se produjo una vulneración del artículo 24 CE. La primera porque una persona con discapacidad fue desalojada de la vivienda por impago del alquiler y el tribunal no tuvo en cuenta las dificultades cognitivas que le colocaban en una situación de vulnerabilidad; en la segunda, el tribunal no tuvo en consideración la situación de vulnerabilidad de la familia y el nacimiento de un menor incapacitado antes de la ejecución de la sentencia.

incidir sobre el contenido del derecho de propiedad (STC 37/1987), por lo que será el legislador estatal o autonómico según el reparto de competencias establecido en los artículos 148 y siguientes CE. En este reparto, el Estado goza de determinadas competencias que inciden directamente en el derecho de propiedad privada y en el derecho a la vivienda, previstas en los artículos 149.1 («condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales»), 149.1.8 (que prevé la competencia exclusiva del legislador estatal en materia de derecho civil) y 149.1.13 CE («bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica»), y que le permiten, por un lado, aprobar legislación estatal sobre vivienda (por ejemplo, la LDV, artículo 149.1.1 CE)<sup>(36)</sup> y, por otro, los planes estatales de vivienda (art. 149.1.13 CE; STC 79/2024, de 21 de mayo)<sup>(37)</sup>. Desde la perspectiva autonómica, un ejemplo del respeto a las competencias aludidas es el régimen de contención de rentas implementado por la Ley catalana 11/2020, de 18 de septiembre<sup>(38)</sup>, que limitaba la renta pactada al inicio del contrato al precio de referencia de una vivienda de características análogas que determinase el departamento competente en materia de vivienda (arts. 6 y 7). La STC 57/2022, de 7 de abril<sup>(39)</sup> declaró inconstitucional estas disposiciones dado que el Estado es el competente para «fijar legalmente el principio de libertad de pactos en el establecimiento de la renta del contrato de alquiler de vivienda». Otro ejemplo es la expropiación forzosa de las viviendas incuridas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria en los cuales resulte adjudicatario del remate una entidad financiera, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos, cuando en ella residan personas en especiales circunstancias de emergencia social<sup>(40)</sup>. La STC 93/2015 (y las posteriores que tratan la misma temática)<sup>(41)</sup> entiende que esta medida es

---

(36) Con todo, el artículo 149.1.1 CE se ha interpretado en el sentido de que al «Estado le corresponde ciertamente establecer la regulación del contenido básico y primario del derecho de propiedad, en la medida en que afecte a las condiciones básicas de su ejercicio, pero el referido título competencial no habilita por sí mismo para que el Estado pueda regular cualquier circunstancia que, de forma más o menos directa, pueda incidir sobre la igualdad en el ejercicio del derecho» (STC 156/1995, de 26 de octubre; RTC 1995\156). Del mismo modo, el TC ha perfilado en qué consisten las «condiciones básicas» en relación con la propiedad urbanística, de modo que «Estado puede plasmar una determinada concepción del derecho de propiedad urbana, en sus líneas más fundamentales» (STC 61/1997, de 20 de marzo; RTC 1997\61).

(37) ECLI: ES: TC:2024:79.

(38) BOE núm. 258, 29 de septiembre de 2020. Sobre las consecuencias indeseadas de esta normativa ver NASARRE AZNAR, 2020.

(39) BOE núm. 113, 12 de mayo de 2022.

(40) Prevista en DA segunda del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda (BOJA núm. 69, 11 de abril de 2013).

(41) Ver las SSTC 16/2018, de 22 de febrero (ECLI: ES: TC:2018:16), 32/2018, de 12 de abril (ECLI: ES: TC:2018:32); 43/2018, de 26 de abril (ECLI: ES: TC:2018:43), 80/2018, de 5 de julio (ECLI: ES: TC:2018:80) y 97/2018, de 19 de septiembre (ECLI: ES: TC:2018:97).

inconstitucional dado que interfiere de un modo significativo en el ejercicio legítimo que el Estado hace de sus competencias (art. 149.1.13 CE) al afectar a las medidas de política económica ya existentes<sup>(42)</sup>.

En relación con la ley, ésta podrá ser una ley ordinaria, un decreto legislativo (art. 82 CE, como el vigente LSRU) o un decreto-ley, previsto en el artículo 86.1 CE para casos de extraordinaria y urgente necesidad. El uso de esta última norma no debe ser abusivo o arbitrario y debe existir una relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que se adoptan en el decreto-ley (STC 145/2023, de 25 de octubre<sup>(43)</sup>, entre otras). En el ámbito del derecho de propiedad privada y la vivienda, el TC avaló en sus inicios una expropiación legislativa singular por decreto-ley al tratarse de un supuesto excepcional (el denominado caso «Rumasa», SSTC 111/1983, de 2 de diciembre, 166/1986, de 19 de diciembre y 6/1991, de 15 de enero)<sup>(44)</sup>, y recientemente ha vuelto a avalar –de forma discutible– la existencia de dicha urgencia y necesidad en relación, por ejemplo, al Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler<sup>(45)</sup> (STC 14/2020, de 28 de enero)<sup>(46)</sup> y el Decreto-ley 6/2020, de 5 de junio, para la ampliación de vivienda pública en la Comunitat Valenciana mediante los derechos de tanteo y retracto<sup>(47)</sup> (STC 8/2023, de 22 de febrero)<sup>(48)</sup>.

En cualquier caso, un límite al uso del decreto-ley en el ámbito del derecho de propiedad privada es el respeto a su contenido esencial (art. 53.1 CE), que solo podrá desarrollarse por ley ordinaria. Así lo entendió la STC 16/2021, de 28 de enero<sup>(49)</sup>, que declaró la nulidad de varios de los preceptos del Decreto-ley catalán 17/2019, de 23 de diciembre, de Medidas Urgentes para Mejorar el Acceso a la Vivienda<sup>(50)</sup> por establecerse mediante decreto-ley, en particular los que obligaban a los propietarios de viviendas a su alquiler forzoso<sup>(51)</sup>, y la ya mencionada

---

(42) En este caso, la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables en el proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria (art. 1 y DA primera de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, *BOE* núm. 116, 15 de mayo de 2013).

(43) *BOE* núm. 55, 5 de marzo de 2019.

(44) RTC 1983\111, RTC 1986\166 y RTC 1991\6, respectivamente. Ver RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, RAP, pp. 160 ss.

(45) Una crítica fundada en la ausencia de datos reales que justifiquen la urgencia y necesidad puede verse en GARCIA TERUEL y NASARRE AZNAR, RCDI, pp. 200-201.

(46) ECLI: ES: TC:2020:14.

(47) *BOE* núm. 218, 13 de agosto de 2020.

(48) *BOE* núm. 77, 31 de marzo de 2023.

(49) *BOE* núm. 46, 23 de febrero de 2021.

(50) *BOE* núm. 45, 30 de diciembre de 2019.

(51) La norma impone la obligación de ofrecer una propuesta de alquiler social antes de interponer determinadas demandas judiciales, por ejemplo una acción ejecutiva derivada de la reclama-

STC 93/2015, que declaró inconstitucional el artículo 25 del DL 6/2013 referido a las viviendas deshabitadas; en otras ocasiones, el TC ha entendido justificado el uso del decreto-ley en relación a la protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica por su carácter temporal y por ser una medida limitada en cuanto a su ámbito de aplicación subjetivo y objetivo (ver las ya citadas SSTC 7/2024, 15/2023 y 9/2023).

Finalmente, reseñar que el TC (SSTC 37/1987 y 141/2014)<sup>(52)</sup> también ha legitimado a la Administración para el desarrollo del derecho de propiedad privada «de acuerdo con las leyes» (art. 33.2 CE), siempre y cuando éstas recaben la colaboración reglamentaria<sup>(53)</sup>.

## 4. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA

### 4.1 El concepto de contenido esencial

El contenido esencial puede explicarse básicamente a través de dos teorías: la absoluta y la relativa<sup>(54)</sup>. La primera defiende que todo derecho fundamental tiene un núcleo esencial material, inmutable e indisponible que no puede ser restringido por el legislador, es decir, éste solo puede limitar la parte que se consideraría no esencial o la periferia del derecho; y la segunda defiende que sí que se podría limitar de forma justificada un derecho fundamental a través de una ponderación entre el sacrificio que se lleva a cabo sobre un derecho y el beneficio que se extrae de éste (principio de proporcionalidad). Por tanto, no se parte en este último caso de un contenido previo del derecho a la hora de valorar las limitaciones a los derechos fundamentales.

---

ción de una deuda hipotecaria o una demandas de desahucio, incluso en casos en los que no existe un título que habilite a ocupar la vivienda (okupas) (Disposición Adicional primera Ley 24/2015). En palabras del TC, eran «medidas coactivas, no voluntarias, limitativas del derecho de propiedad. Limitaciones de la máxima intensidad [...] 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». Dichas obligaciones se han vuelto implementar por la Ley catalana 1/2022, de 3 de marzo (BOE núm. 65, 17 de marzo de 2022).

(52) RTC 2014\141.

(53) Se veda así «toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada por reglamentos independientes o extra legem, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos». Sobre la potestad reglamentaria del Gobierno ver STC 77/1985, de 27 de julio (RTC 1985\77).

(54) LOTHAR, 2009, pp. 177 ss.



Ciertamente, las SSTC 37/1981, de 16 de noviembre<sup>(55)</sup> y 11/1981, de 8 de abril<sup>(56)</sup>, 37/1987 y 112/2006, de 5 de abril<sup>(57)</sup> admiten la existencia de un contenido esencial del derecho de propiedad privada, sirviendo para su determinación dos vías complementarias. La primera es a través de su configuración dogmática, con lo que dicho contenido vendría determinado por las facultades o posibilidades de actuación necesarias para la reconocibilidad derecho<sup>(58)</sup>; y, en segundo lugar, a través de la jurisprudencia de intereses<sup>(59)</sup>. Además, el TC defiende que el contenido esencial del derecho de propiedad no debe descansar exclusivamente en el CC atendiendo a los «diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos» (STC 37/1987).

Pues bien, el TC, durante sus primeros años de actividad<sup>(60)</sup>, relega el contenido esencial del derecho de propiedad privada a una utilidad económica en favor del propietario<sup>(61)</sup>. Ejemplos son la STC 37/1987, que defiende que la expropiación temporal (por doce años) del uso y disfrute de unas tierras agrícolas es constitucional dado que no se priva al propietario de toda utilidad económica durante el tiempo que dure la expropiación, la STC 89/1994, de 17 de marzo<sup>(62)</sup>, en la que el TC tampoco estima que sea inconstitucional la prórroga forzosa del contrato de arrendamiento urbano, que va unida a una congelación de la renta, dado que se configura como una «afectación de su contenido que no lo hace desaparecer ni lo convierte en irreconocible», o la STC 227/1988, en relación con el límite temporal de 75 años de los derechos de aprovechamiento de aguas públicas implementado por la Ley 29/1985 (el TC niega que exista

---

(55) *BOE* núm. 285, 28 de noviembre de 1981.

(56) *BOE* núm. 99, 25 de abril de 1981.

(57) *BOE* núm. 110, 9 de mayo de 2006.

(58) Es decir, es «reconoscible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales».

(59) «Aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

(60) En palabras de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, RAP, p. 160, «el núcleo (y, quizás, algo más que eso) de la doctrina constitucional sobre las garantías del artículo 33 CE fue creado por las respuestas del Tribunal Constitucional, en sus diez primeros años de actividad».

(61) AGUDO GONZÁLEZ, RAP, pp. 15, 20 y 21. Ello supone, siguiendo a SIMOU, «la máxima relativización de la garantía prevista en el artículo 53.1 CE y la superación de cualquier “residuo” de las tesis absolutas del “contenido esencial” de los derechos fundamentales» (Simou, Indret, p. 15). De este modo, el criterio que ha seguido el TC en los últimos 35 años para enjuiciar la violación del contenido esencial de la propiedad sería el de la reconocibilidad del derecho, es decir, en «la garantía de una rentabilidad económica exclusivamente individual del objeto para su propietario», p. 44.

(62) RTC 1994/89.

una expropiación sino una delimitación del contenido del derecho). Se identifica, pues, el contenido esencial con el principio de proporcionalidad, de forma que el contenido del derecho queda configurado a través de dicho principio, no de forma previa<sup>(63)</sup>. El efecto de la adopción de esta postura ya se puso de relieve en los votos particulares de la STC 89/1994 al afirmar que el contenido esencial pasaba a considerarse «lo que el propio legislador diga en cada caso y según el criterio dominante en cada momento histórico». Se alinea, pues, el TC con la teoría relativa del contenido esencial.

Nótese que la CE y el TC desnaturalizan el concepto liberal de propiedad heredero de la revolución francesa<sup>(64)</sup> por diferentes vías:

a) En primer lugar, ponen las bases para la intervención del derecho público en la propiedad privada con base en la función social, que quedaría integrada dentro de su contenido esencial. De hecho, el TC ha validado la normativa autonómica aprobada en los últimos años que ha delimitado el derecho de propiedad privada con base en la función social de la propiedad y en el derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE)<sup>(65)</sup>, de modo que ha sido el legislador autonómico competente en materia de vivienda (no competente en materia de Derecho civil) el que ha decidido cómo se concreta dicho contenido en conexión con el derecho a la vivienda (vertiente institucional) y ha modulado las facultades de uso y disfrute del propietario de una vivienda del artículo 348 CC (por ejemplo, el deber de su ocupación efectiva, cuyo incumplimiento puede desembocar en medidas sancionadoras y expropiatorias), en particular de las personas jurídicas. De este modo, es relevante, primero, que la delimitación del contenido del derecho de propiedad privada corresponda tanto a la norma civil como a las leyes que protegen los intereses públicos a los que se vincula la propiedad privada<sup>(66)</sup>; y, segundo, que se establezca una regulación diferente para determinados colectivos con difícil encaje en el artículo 33.2

(63) FERNÁNDEZ NIETO, 2008, pp. 645 y 646.

(64) El Código Civil francés definió la propiedad como un derecho absoluto, individual y libre de cargas para superar las características de la propiedad feudal (art. 544).

(65) La mayoría de las leyes autonómicas que se amparan en la función social regulan su incumplimiento cuando la vivienda se encuentra desocupada, y abordan en menor medida el incumplimiento de los deberes de conservación, mantenimiento y rehabilitación de la vivienda o su sobreocupación, el deber de ofrecer una propuesta de alquiler social de manera previa a la interposición de una demanda judicial o derechos de tanteo y retracto legales a favor de la Administración. Ello se analiza con mayor profundidad en SIMÓN MORENO, 2023, p. 141 ss.

(66) ARIAS MARTÍNEZ, 2019, p. 117. Ello demuestra que el derecho de propiedad «ha experimentado una modulación en ocasiones tan intensa como consecuencia de la intervención legislativa y administrativa que, apenas se reconoce desde la fórmula del Código Civil» (MURILLO DE LA CUEVA, 2003, p. 291).

CE, dado que la función social conecta sobre el bien en cuestión, no sobre sus titulares<sup>(67)</sup>.

Esta evolución implica un deterioro paulatino del derecho de propiedad privada como garante frente a la actuación del Estado<sup>(68)</sup>, que también puede apreciarse en la garantía expropiatoria<sup>(69)</sup>. En efecto, la realidad nos muestra que el TC ha ido aceptando la progresiva delimitación del derecho de propiedad privada con el peligro de que acabe siendo «una mera titularidad, que no necesariamente proporcione utilidad individual al propietario», y se trata de una situación que «es un camino de sentido único. No hay por ahora vuelta atrás»<sup>(70)</sup>.

En nuestra opinión, compartimos la afirmación de que «la función social delimita el contenido de la propiedad, pero no precisamente su contenido esencial»<sup>(71)</sup>. Dicha función quedaría, por tanto, fuera del contenido esencial del derecho de propiedad privada. Tampoco estamos de acuerdo con que la «recognoscibilidad» y los «intereses jurídicamente protegibles» de este derecho deban quedar relegados a una vaporosa utilidad económica. En esta línea, entendemos que no puede obviarse que el artículo 348 CC constituye un parámetro extraconstitucional para averiguar «el núcleo de facultades comúnmente asignado a las relaciones de propiedad»<sup>(72)</sup>. En efecto, es plausible defender que no puede conseguirse una «utilidad individual» sin precisamente las facultades de uso, disfrute o disposición<sup>(73)</sup>. Y es en este punto donde sale a relucir el

---

(67) Siguiendo a VERDERA SERVER, ADC, pp. 911 y 912, quien apunta que «La función social corresponde a la propiedad, no a su titular». En otro lugar ya comentamos que el distinto trato entre personas físicas o jurídicas en la normativa autonómica no se justifica por el TC ni se deriva del artículo 33, SIMÓN MORENO, 2023, p. 164 ss).

(68) Como bien argumenta JUÁREZ TORREJÓN, 2022, p. 30, «el Estado no crea el derecho de propiedad, este derecho no surge de la ley; más bien al contrario, debe reconocerlo y protegerlo».

(69) Vid. *infra* epígrafe 5.

(70) VERDERA SERVER, 2023, pp. 939 y 942.

(71) RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2008, p. 910.

(72) PÉREZ LUÑO, y RODRÍGUEZ DE QUINONES Y DE TORRES, 1996, p. 519; DIEZ PICAZO, 1991, p. 1264, quien defiende que «no se puede configurar una propiedad con privación de *ius utendi et fruendi* y del *ius disponendi*». A favor, también, JUÁREZ TORREJÓN, 2022. Como apunta Rodríguez Molineiro, 1994, p. 1133: «Por mucho que se empeñen en demostrar lo contrario algunos comentaristas, el concepto de propiedad presente en la Constitución de 1978, como ocurre con otras Constituciones europeas similares, procede de la tradición doctrinal del Derecho privado romano, cuyo principal exponente legislativo fue la codificación civil; solo en muy escasa medida es tributario de una determinada Teoría del Estado y de la Sociedad».

(73) AGUDO GONZÁLEZ, RAP, pp. 13-14. Ya la STS de 21 de febrero de 1981 (RJ 1981\1147) defendía que «por mucho que se enfatice sobre la mutación sufrida por el derecho de propiedad en materia urbanística [...] la propiedad del particular sigue siendo algo más que una simple función pública o social, puesto que conserva su núcleo primario de derecho subjetivo, uno de los principales de los que integran la constelación de derechos de la personalidad, amparado en la cobertura legal que le proporciona el C. Civ. (arts. 348, 349, 350) y la propia Constitución Española (art. 33)».

último reducto de del derecho de propiedad privada: la expropiación forzosa<sup>(74)</sup>.

b) En segundo lugar, la vertiente individual del derecho queda relegada a un segundo plano en favor de su vertiente institucional y los intereses de la colectividad<sup>(75)</sup>. De hecho, nótese que el TC se aleja de la vinculación de la propiedad con el libre desarrollo de la personalidad y su relevancia para proteger la libertad del individuo<sup>(76)</sup> en la vertiente más institucional derecho, en pro de la consecución de los intereses colectivos.

c) Y, en tercer lugar, que la incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes permite al legislador dotarlos de un estatuto jurídico específico. Ejemplos son la regulación estatutaria de la propiedad del suelo<sup>(77)</sup> (SSTC 164/2001, de 11 de julio<sup>(78)</sup> y 61/1997) o el nuevo régimen estatuario de la propiedad de una vivienda previsto en el artículo 10.1.a) LDV<sup>(79)</sup>. De aquí surge otra consecuencia más allá del progresivo intervencionismo público en el ámbito del derecho de propiedad privada: el progresivo carácter secundario del derecho de propiedad en el artículo 348 CC, al que solo deberá acudir en ausencia de un régimen estatutario específico<sup>(80)</sup>.

---

(74) Como comenta REY MARTÍNEZ, repárese en que «la doctrina de la devaluación constitucional de la propiedad (que procede del franquismo y del régimen republicano –con matices, por supuesto, diferentes–, y, a su vez, de la Constitución de Weimar) se presenta como la superación de la concepción civilista, liberal a individual del dominio [...] pero comparte con ella la afirmación de la carencia de un contenido constitucionalmente garantizado de la propiedad (con la única excepción de la expropiación forzosa)», REY MARTÍNEZ, 1994 p. 182.

(75) Como apunta de nuevo REY MARTÍNEZ, 2006, pp. 962 y 972, el derecho de propiedad se convierte en «una simple especificación en el ámbito del derecho patrimonial del principio de legalidad de la actividad administrativa, pues su reconocimiento constitucional no tendría más efecto que el de una remisión al legislador ordinario para que éste determine por entero el estatuto jurídico correspondiente a cada tipo de bien, con atención preferente a su utilidad social». La conexión entre el derecho de propiedad con la defensa de una vertiente patrimonial del libre desarrollo de la personalidad es inexistente en la jurisprudencia constitucional (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, RAP, p. 165).

(76) MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, RCDI, p. 3442.

(77) De hecho, artículo 11.1 LSRU dispone que «El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística».

(78) BOE núm. 194, 14 de agosto de 2001.

(79) Este precepto dispone que el derecho de propiedad comprende «las facultades de uso, disfrute y disposición de la misma conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación». El artículo 11.1.a) LDV regula el correlativo deber derivado de la propiedad de una vivienda. Nótese que los artículos 10 y 11 LDV se basan en la competencia del Estado en materia de legislación civil (DF sexta), de forma que las facultades inherentes a la propiedad de una vivienda pasarían a un régimen especial (NASARRE AZNAR, 2022, p. 10).

(80) VERDERA SERVER, ADC, pp. 869-870.

## 4.2 El abandono del principio de proporcionalidad

El progresivo deterioro del derecho de propiedad privada también se observa en el hecho de que haya dejado de tener como garantía la aplicación del principio de proporcionalidad. Las SSTC 112/2021 y 16/2018 defendieron que el legislador, en relación a las multas coercitivas e, incluso, la expropiación de la viviendas vacías «no encuentra [más allá del contenido esencial] otro límite que el de no sobrepasar el “equilibrio justo” o “relación razonable entre los medios empleados y la finalidad pretendida” [...] teniendo en cuenta que en las decisiones de índole social y económica se reconoce al legislador un amplio margen de apreciación sobre la necesidad, los fines y las consecuencias de sus disposiciones».

El TC se basa en la doctrina del TEDH<sup>(81)</sup>, que exige que toda injerencia en el derecho de propiedad sea legal, busque un objetivo legítimo «de interés público» y se valore el «equilibrio justo entre las exigencias del interés general de la comunidad y las exigencias de la protección de los derechos fundamentales de la persona» y la «relación razonable entre los medios empleados y la finalidad pretendida», en la que el legislador tiene un amplio margen de apreciación. Pues bien, de las posibles vías para incidir en el derecho de propiedad previstas en el CEDH, estas son, las interferencias en el disfrute pacífico del derecho, la privación de la propiedad y las regulaciones de su uso, la interpretación estricta de la privación y/o expropiación por parte del TEDH (en el sentido de que debe ser total y permanente) ha provocado que la mayoría de limitaciones al derecho de propiedad se hayan considerado regulaciones de su uso, al tiempo que la aplicación laxa de la exigencia del justo equilibrio ha llevado a una presunción en la práctica de que el acto restrictivo cumple con el interés público, que se ha interpretado por tanto de manera amplia. Además, el TEDH ha afirmado que está impedido de examinar si la norma cuestionada representaba, entre todas las alternativas posibles, la mejor solución para afrontar el problema, o si la discreción legislativa debía haberse ejercitado de otro modo<sup>(82)</sup>.

La adopción de esta doctrina por el TC supone un rechazo explícito al uso del principio de proporcionalidad como criterio para valorar las

---

(81) Ver por ejemplo el caso *James y otros c. Reino Unido*, Sentencia 8793/79, 21 de febrero de 1986, § 50.

(82) De acuerdo con el análisis de CUEVAS, y POYANCO BUGUENO, 2020, pp. 134 ss. Los autores analizan diversas sentencias del TEDH relativas a medidas de austeridad implementadas por algunos Estados que suponían interferencias relevantes en el derecho de propiedad, que son bendecidas en su mayoría por el TEDH. Defienden, con razón que, «el problema reside, en realidad, en los propios estándares creados por dicho Tribunal para proteger el derecho de propiedad», p. 148.

restricciones al derecho de propiedad<sup>(83)</sup>, sustituyéndolo por un laxo escrutinio<sup>(84)</sup> en contra, por ejemplo, del criterio mantenido por la STC 48/2005, de 3 de marzo<sup>(85)</sup> en un supuesto de expropiación (art. 33.3 CE). Como puede intuirse, el canon hermenéutico del principio de proporcionalidad, en particular la proporcionalidad en sentido estricto, es más intenso que el previsto en la doctrina TEDH asumida por el TC. Nótese que el respeto a la legalidad y el interés público que exige el TEDH podrían subsumirse dentro del principio de idoneidad, pero la concepción del «justo equilibrio» y la relación medios/finalidad del TEDH es tan laxa que no permite subsumirlos siquiera dentro del juicio de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, dado que el TEDH, como ya se ha dicho, ni siquiera entra a analizar la conveniencia o eficacia de otras medidas menos lesivas<sup>(86)</sup>. En la práctica, ello «determina una mayor deferencia hacia las decisiones legislativas que afectan al derecho de propiedad»<sup>(87)</sup>.

## 5. LA GARANTÍA EXPROPIATORIA

El artículo 33.3 CE prevé que «Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes». Atendiendo a la STC 116/2019, de 16 de octubre<sup>(88)</sup>, las garantías que encierra el artículo 33.3 CE respecto al derecho de propiedad privada son las siguientes:

a) En primer lugar, debe existir un fin de utilidad pública o interés social, o causa *expropriandi*, en tanto que «la expropiación forzosa supone la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses

---

(83) La STC 112/2021 lo expresa en los siguientes términos: «ni en la delimitación de la función social de la propiedad (art. 33.2), ni en la regulación del ejercicio de actividades económicas (art. 38), el legislador está sujeto ex Constitutione al test de proporcionalidad que invocan los recurrentes, sino a un canon de justo equilibrio, razonabilidad o adecuación de las medidas al objetivo perseguido, y al respeto del contenido esencial de ambos derechos (art. 53.1 CE)».

(84) QUADRA-SALCEDO JANINI, 2022, pp. 95-96.

(85) BOE núm. 81, 5 de abril de 2005.

(86) En este sentido, ver los argumentos de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018.

(87) VERDERA SERVER, 2023, pp. 898 y 899. Como apunta el propio autor en Verdera Server, 2024, pp. 93 ss., la STC 68/2023, de 22 de noviembre (ECLI: ES: TC:2023:168), que declaró que la suspensión del plazo para iniciar la expropiación rogada (y sus sucesivas prórrogas) prevista en una normativa autonómica era contraria al artículo 33.3 CE no supone un cambio de rumbo. Se trataría, pues, de «un espejismo, explicable acaso por lo burdo del comportamiento del legislador valenciano».

(88) ECLI: ES: TC:2019:116.

patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o interés social» (STC 108/1986, de 29 de julio)<sup>(89)</sup>. La causa *expropiandi*, es decir, la finalidad para la que se utilizará el bien expropiado, deberá ser determinada por el legislador (STC 166/1986, de 19 de diciembre<sup>(90)</sup>, quien tiene un amplio margen de maniobra, STS de 16 de julio de 1997)<sup>(91)</sup> y funciona como criterio de razonabilidad y proporcionalidad de la medida expropiatoria, que evita la arbitrariedad de las autoridades públicas e impide que el procedimiento de expropiación persiga intereses particulares. El derecho de reversión no forma parte del contenido del artículo 33.3 CE y, por tanto, es un derecho de configuración legal (STC 67/1988, de 18 de abril).

b) El expropiado tiene derecho a la correspondiente indemnización, dado que así se «asegura una justa compensación económica a quienes, por razones de utilidad pública o interés social, se ven privados de sus bienes o derechos de contenido patrimonial» (STC 37/1987), sin que se tengan en consideración las ganancias futuras esperadas o las expectativas. Además, el artículo 33.3 CE no es motivo para interponer recurso de apelación ante el TC en lo que respecta a la fijación de la indemnización (STS de 22 de septiembre de 2014)<sup>(92)</sup>. En el caso que las partes no lleguen a un acuerdo en cuanto al justiprecio, los sujetos expropiados deberán aceptar de manera obligatoria el justiprecio calculado por parte del Jurado de Expropiación. Una vez pagado éste, el beneficiario de la expropiación puede proceder a la ocupación del bien y/o derecho expropiado (art. 51.1 LEF). Con todo, el artículo 52 LEF configura un procedimiento expropiatorio de urgencia que se ha convertido en la norma— que se caracteriza por la ocupación de los bienes objeto de expropiación con anterioridad a la fijación y pago del justiprecio y con anterioridad también a la resolución definitiva de los posibles recursos, de modo que no es imperativo que el pago del justiprecio tenga lugar con anterioridad a la ocupación de los bienes por parte de la Administración. Nótese que la CE abandona la protección que en su día dispensó la Revolución Francesa al derecho de propiedad privada: la necesaria intervención de los tribunales civiles (sustituidos actualmente por los tribunales de expropiación) y la configuración de la expropiación como una garantía frente a la desposesión por parte del Estado (hoy convertida en una potestad de la Administración). Este hecho, unido a la generalización del procedimiento de urgencia, su consideración como derecho económico y social en la CE, la posibilidad de ocupación del bien expropiado

(89) RTC 1986\108.

(90) RTC 1986\108.

(91) RJ 1997\6079.

(92) ECLI: ES: TS:2014:3776.

antes del pago del justiprecio y la admisión de la expropiación mediante leyes singulares (como en el mencionado «Caso Rumasa»), provoca que la defensa del derecho de propiedad privada quede limitada a la reclamación (en última instancia ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa) de un precio justo por la privación de los bienes<sup>(93)</sup>.

En este sentido, el pago de una indemnización dependerá de si se considera una delimitación o regulación general del contenido del derecho (art. 33.2 CE) o una privación singular o ablación de un derecho interés patrimonial (art. 33.3 CE), que sería inconstitucional sin la debida indemnización (SSTC 227/1988 y 204/2004). No siempre es fácil distinguir entre una y otra<sup>(94)</sup>, por lo que habrá que analizar en qué medida la actuación de la Administración afecta al conjunto de facultades de la persona propietaria. En este sentido, cuando se afecte al contenido esencial del derecho de propiedad privada estaremos ante una expropiación, «sin importar el grado de mayor o menor generalidad de la medida interventora»<sup>(95)</sup>. En relación con el derecho a la vivienda, en los últimos años han proliferado normas a nivel autonómico que prevén la expropiación del uso o usufructo de las viviendas que permanecen vacías por un período de tiempo para su alquiler posterior con finalidades sociales<sup>(96)</sup>. En ellas se suele recoger la causa de utilidad pública o interés social y la declaración de urgencia, y usualmente afecta a las personas jurídicas, sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos. Esta normativa plantea diversos problemas en relación con el derecho (problemática de un arrendamiento siendo titular de un derecho de uso) y el sujeto (¿por qué tienen un tratamiento distinto las personas jurídicas?) expropiados, así como con el respeto al principio de proporcionalidad y el de idoneidad (art. 103 CE)<sup>(97)</sup>, al tiempo que la eficacia de estas medidas (es decir, el coste que le genera a la Administración y el número de viviendas que finalmente se destinan a alquiler social) todavía está por demostrar. Por ello no compartimos que el TC haya declarado estas medidas expropiatorias implementadas a nivel autonómico: tienen una incidencia especialmente intensa en los derechos de uso y disfrute del propietario (contenido esencial) y en la utilidad económica resultante.

(93) Ver las reflexiones plenamente vigentes de PARADA VÁZQUEZ, 1991, pp. 1271 ss.

(94) La naturaleza singular de la privación, la intensidad del sacrificio, el carácter especial del sacrificio, la ruptura de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, la distinción entre derechos adquiridos y simples expectativas (no indemnizables), la existencia de un beneficiario, la vulneración del principio de protección de la confianza o el carácter nocivo de la actividad cuyo ejercicio se limita, que enumera VERDERA SERVER, 2023, pp. 929 ss.

(95) LÓPEZ Y LÓPEZ, 2023, p. 27.

(96) Sobre ello ver SIMÓN MORENO, 2023, pp. 153 ss.

(97) Ver en este sentido ARGELICH COMELLES, 2018, pp. 105 ss.



c) Finalmente, la realización de la expropiación de conformidad con lo dispuesto en las leyes, dado que se prevé un «sistema de garantías (legales, procedimentales y económicas)» (STC 301/1993, de 21 de octubre)<sup>(98)</sup>. La potestad expropiatoria es una competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.18 CE), y la normativa de referencia es la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954<sup>(99)</sup> y su Reglamento de 26 de abril de 1957<sup>(100)</sup>, si bien las CCAA tienen la potestad de determinar legalmente la *causa expropriandi* en aquellos sectores que sean de su competencia. Es la Administración, en definitiva, quien ejecuta unilateralmente la expropiación y quien resuelva unilateralmente las reclamaciones e indemnizaciones que le puedan corresponder al expropiado.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO GONZÁLEZ, J., «Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria», *Revista de Administración Pública*, núm. 185, 2011.
- ARGELICH COMELLES, C., «Expropiación temporal de viviendas: alteraciones en el denominado procedimiento de urgencia y propuestas de enmienda», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 56, 2018.
- ARIAS MARTÍNEZ, M. A., «Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, Vol. 11, 2019.
- CUEVAS, I. C., y POYANCO BUGUENO, R., «La privación parcial al derecho de propiedad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente a medidas de recorte o suspensión de remuneraciones y beneficios sociales», *Revista Ius et Praxis*, Vol. 3, 2020.
- DÍEZ PICAZO, L., «Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución», en Martín Retortillo, S. (coord.). *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, 1991.
- FERNÁNDEZ NIETO, J., *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Dykinson, 2008.
- GARCIA TERUEL, R. M., y NASARRE AZNAR, S., «Quince años sin solución para la vivienda. La innovación legal y la ciencia de datos en política de vivienda», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 789, 2022.

---

(98) RTC 1993/301.

(99) BOE núm. 351, 16 de diciembre de 1954.

(100) BOE núm. 160, 26 de abril de 1957.



- JUÁREZ TORREJÓN, Á., «El Derecho de propiedad y vivienda: perfiles constitucionales y legales», en Rodríguez de Almeida, M. G. (ed.), «Nuevo» *derecho de propiedad inmobiliaria en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, 2022.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M., «Propiedad privada y disciplina del mercado en el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 59, 2023.
- *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Valencia, 2018.
- LOTHAR, M., «¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?», *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, Vol. 11, 2009.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., «La función social de la propiedad de la vivienda y las normativas autonómicas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 782, 2020.
- MURILLO DE LA CUEVA, P. L., «Aspectos constitucionales de la propiedad privada y de la expropiación forzosa», *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, Vol. 51, núm. 1, 2003.
- NASARRE AZNAR, S., *El Proyecto de Ley de vivienda 2022*. Fedea, 2022. Disponible en: <https://documentos.fedea.net/pubs/ap/2022/ap2022-11.pdf> (visitado el 30.7.2024).
- *El control de la renta de los arrendamientos urbanos de vivienda en Cataluña: el riesgo de excluir a los ya excluidos*, Hay Derecho, 28 de octubre de 2020. Disponible en: <https://www.hayderecho.com/2020/10/28/control-renta-arrendamientos-urbanos-vivienda-cataluna-riesgo-excluir/> (visitado el 30.7.2024).
- PARADA VÁZQUEZ, J. M., «El artículo 33.3 de la Constitución y crisis de la garantía expropiatoria», en Martín-Retortillo, S. (coord.). *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. II, Civitas, 1991.
- PAREJO ALFONSO, L. J., «Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia», en López Guerra, L. M. (coord.). *Estudios de Derecho Constitucional: homenaje al profesor D. Joaquín García Morillo*, Tirant lo Blanch, 2001.
- PÉREZ LUÑO, A-E. y RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., «Artículo 33. Propiedad privada y herencia», en Alzaga Villaamil, O. (coord.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, Editoriales de derecho reunidas, Edersa, 1996.
- QUADRA-SALCEDO JANINI, T. de la, *Los derechos fundamentales económicos en el Estado social*, Marcial Pons, 2022.
- REY MARTÍNEZ, F., «El devaluado derecho de propiedad privada. Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, 26 de marzo», *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Vol. 55, 2006. Disponible en: <https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/31846> (visitado el 30 de julio de 2024).
- «Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 1994.



- RIQUELME VÁZQUEZ, P., «La herencia como garantía de instituto en la Constitución Española de 1978», en Fuenteseca, M. y Noriega, L. (Coords.), *Derecho de sucesiones: antiguas y nuevas controversias*, J. M. Bosch Editor, 2020.
- RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., «La vulnerabilidad frente a los desalojos forzosos de vivienda como tendencia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 130, 2024.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., «Una revolución silenciosa (i): la propiedad privada», *Almacén de Derecho*, 15 de junio de 2018. Disponible en: <https://almacenderecho.org/una-revolucion-silenciosa-i-la-propiedad-privada> (visitado el 30 de julio de 2024).
- «Artículo 33», en Casas Baamonde, M. E. y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (dir.). *Comentarios a la Constitución Española: XXX aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, 2008.
- «Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española», *Revista de Administración Pública*, núm. 177, 2008.
- RODRÍGUEZ MOLINERO, M., «Entre liberalismo y socialismo: la regulación constitucional de la propiedad privada», en Ministerio de Justicia (dir.), *Sistema económico de la Constitución Española*, Vol. 1, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1994.
- SIMÓN MORENO, H., «La evolución constitucional de la función social de la propiedad y el nuevo régimen del derecho de propiedad sobre una vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda», *Derecho privado y Constitución*, núm. 42, 2023. Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/derecho-privado-y-constitucion/numero-42-enerojunio-2023/la-evolucion-constitucional-de-la-funcion-social-de-la-propiedad-y-el-nuevo-regimen-del-derecho-de> (visitado el 30 de julio de 2024).
- SIMOU, S., «La configuración filoclimática del derecho de propiedad», *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Vol. 3, 2017. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1320.pdf> (visitado el 30 de julio de 2024).
- VERDERA SERVER, R., «Pro proprietate. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada», *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXXVI, Vol. III, 2023. Disponible en: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/10099> (visitado el 30 de julio de 2024).
- VERDERA SERVER, R., «¿Otro gato de Schrödinger? Sobre la suspensión del procedimiento de expropiación rogada (comentario a la STC 168/2023, de 22 de noviembre)», *Derecho Privado y Constitución*, Vol. 44, 2024. Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2024-07/40504dpyc4403verdera-server.html> (visitado el 30 de julio de 2024).

## B. LA TENENCIA ARRENDATICIA

### B.1 Aspectos prácticos relevantes en la regulación del contrato de arrendamiento de vivienda<sup>\*</sup>

**Carmen Callejo Rodríguez**

*Profesora Titular de Derecho civil*

*Universidad Complutense de Madrid*

*ccallejo@ucm.es*

**Resumen:** *El presente trabajo aborda diversas cuestiones que resultan altamente controvertidas dentro del marco normativo que regula el contrato de arrendamiento de vivienda. Estas cuestiones adquieren especial relevancia tanto por la significativa conflictividad judicial que han generado, como por su actualidad, derivada en gran medida de las recientes reformas legislativas introducidas por la LDV. En particular, se analiza el arrendamiento de habitaciones a partir de la determinación del objeto contractual. En cuanto a la duración del contrato, se estudia su prórroga, con especial atención a las prórrogas legales extraordinarias; y se alude a los requisitos pre-*

---

<sup>\*</sup> El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR), Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00) y dirigido por la Prof.<sup>a</sup> Matilde Cuenca Casas.

*cisos para que tenga lugar la subrogación por muerte del arrendatario. De igual modo, se examinan las novedades normativas relativas a los gastos de formalización del contrato y el reconocimiento del derecho de información del arrendatario, para finalizar con la referencia a las modificaciones procesales recogidas en la LDV.*

**Palabras clave:** *Arrendamiento. Vivienda. Alquiler de habitaciones. Duración. Prórroga. Fianza. Resolución del contrato. Desahucio.*

**Abstract:** *The present work addresses various issues that are highly controversial within the regulatory framework governing residential lease contracts. These issues are particularly relevant both because of the significant judicial conflict they have generated and due to their current relevance, largely derived from the recent legislative reforms introduced by the LDV. Specifically, the lease of rooms is analyzed based on the determination of the contractual object. Regarding the duration of the contract, its extension is studied, with particular attention to extraordinary legal extensions, and the precise requirements for the occurrence of subrogation upon the death of the lessee are mentioned. Likewise, the new regulations concerning the costs of formalizing the contract and the recognition of the tenant's right to information are examined, concluding with a reference to the procedural modifications included in the LDV.*

**Keywords:** *Lease. Housing. Room rental. Duration. Extension. Security deposit. Termination of the contract. Eviction.*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Objeto del contrato: el alquiler de habitaciones. 3. Problemas relativos a la duración del contrato. 3.1 La excepción a la prórroga obligatoria del contrato en caso de necesidad personal o familiar del arrendador. 3.2 Prórroga tácita del contrato. 3.3 Prórrogas legales extraordinarias. 3.4 Muerte del arrendatario. 4. Renta y limitación de garantías. 5. Gastos de la formalización del contrato y derecho de información del arrendatario. 6. Resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones. Novedades procesales introducidas por la Ley por el derecho a la vivienda. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

El mandato constitucional atribuido a los poderes públicos de establecer las disposiciones necesarias para garantizar el derecho a una vivienda digna y adecuada, consagrado en el artículo 47 de la Constitución Española, constituye un principio rector de la política social y económica. En cumplimiento de este mandato, corresponde a dichos poderes promover

las condiciones indispensables y dictar las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho. Dicho propósito no se limita exclusivamente a la formulación e implementación de políticas públicas en materia de vivienda, sino que también abarca la regulación jurídico-privada de las diversas modalidades de tenencia de viviendas y, de forma muy particular, como principal alternativa al disfrute en propiedad, la regulación sustantiva de los contratos de arrendamiento<sup>(1)</sup>.

Sin duda estamos ante un sector de importante repercusión económica y social, cuya regulación ha ido variando en función del planteamiento ideológico del legislador acerca de la mejor manera de cumplir el objetivo de dar respuesta a los problemas de vivienda de la población<sup>(2)</sup>, pero buscando al mismo tiempo un equilibrio entre los intereses de ambas partes del contrato. En cuanto a la parte arrendataria, hay dos características que son de especial importancia: la asequibilidad y la estabilidad temporal. La asequibilidad implica que el costo de acceso a una vivienda de alquiler, así como el cumplimiento de las obligaciones contractuales a lo largo del arrendamiento, sea una carga soportable para la economía personal o familiar; y la estabilidad temporal asegura una permanencia en la vivienda durante un periodo razonable. A su vez, en un sistema que depende significativamente de la provisión privada de viviendas, la asequibilidad está fundamentalmente ligada a la disponibilidad de oferta; y la generación de dicha oferta, a su vez, depende de las condiciones que un régimen de arrendamiento debe satisfacer para ser atractivo a la parte arrendadora: la rentabilidad, comparada con otras opciones de inversión y, particularmente, con la explotación de la propiedad inmobiliaria, y la seguridad jurídica, la cual requiere que el marco normativo sea claro, estable y que se pueda hacer cumplir con prontitud<sup>(3)</sup>.

La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos (en adelante, LAU), parte de la diferencia de trato entre el arrendamiento de vivienda y el de cualesquiera otros inmuebles urbanos con diferente destino, que encuentra su fundamento en el ya referido artículo 47 de la Constitución española. Además, este precepto constitucional ha resultado determinante para restringir el concepto de vivienda en relación con el contrato de arrendamiento y para adoptar un régimen de tipo tuitivo de los intereses del arrendatario que se manifiesta en el carácter irrenunciable de los derechos que se le reconocen, pues no se podrán incluir estipulaciones contractuales que se aparten del régimen legal en perjuicio del arrendatario, excepto en aquellos casos en que la ley lo autorice (art. 6 LAU).

---

(1) Como señala FERRER I RIBA, J., 2021, pp. 287-288.

(2) PARRA LUCÁN, M. A., 2014, p. 40.

(3) FERRER I RIBA, J., 2021, p. 288.

La LAU se ha modificado en diferentes ocasiones desde su entrada en vigor; la última de ellas a través de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (en adelante, LDV), que ha reformado diversos preceptos relativos, fundamentalmente, a la duración del contrato de arrendamiento de vivienda y a la renta cuando estamos ante arrendatarios en situación de vulnerabilidad social y económica o arrendamientos de inmuebles ubicados en zonas urbanas con una elevada demanda de alquiler, que se denominan zonas de mercado residencial tensionado<sup>(4)</sup>.

Además, a la protección derivada del carácter imperativo en favor del arrendatario de vivienda de la legislación arrendaticia, se debe añadir la normativa sobre las condiciones generales de la contratación, si el contrato de arrendamiento se encuentra bajo esta categoría; así como la normativa relativa a los contratos de consumo, en la medida en que la parte arrendadora actúe en el ámbito de su actividad empresarial. Esto permitirá declarar el carácter abusivo de sus cláusulas, si corresponde (arts. 82 y ss. TRLGDCU)<sup>(5)</sup>. En este sentido, el artículo 30.1.a) LDV señala entre los principios básicos de los derechos, facultades y responsabilidades de las personas demandantes, adquirentes o arrendatarias de vivienda o en cualquier otro régimen jurídico de tenencia y disfrute, los reconocidos en el Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y en la legislación autonómica aplicable.

El presente trabajo no pretende llevar a cabo un análisis exhaustivo de los problemas que plantea la regulación del arrendamiento de vivienda. En cambio, se centrará exclusivamente en ciertos temas específicos que, desde una perspectiva práctica, consideramos de mayor relevancia. Esto se debe a su significativa conflictividad judicial o a su actualidad derivada de las recientes reformas legislativas, abordados desde una óptica subjetiva y siguiendo la sistemática de la Ley de arrendamientos urbanos.

---

(4) Concretamente modifica los artículos 10, 17 y 20, y añade una disposición adicional undécima y una disposición transitoria séptima.

(5) SAP de Barcelona de 24 de mayo de 2007 (JUR 2007, 295369). Recientemente, el Juzgado de Primera Instancia núm. 31 de Barcelona, en su sentencia núm. 3/2023, de 9 de enero, ha declarado nulas por abusivas determinadas cláusulas de un contrato de arrendamiento de vivienda suscrito en enero de 2020 entre un fondo (como arrendador) y una persona física (como arrendataria), teniéndolas por no puestas (BERNÁRDEZ, M., *Revista Jurídica Pérez-Llorca*, pp. 98-108). Vid. STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11 (BERGER, M., *La Ley Unión Europea*, pp. 48-49 y RALUCA STROIE, I., *CESCO*, pp. 262-264).

## 2. OBJETO DEL CONTRATO: EL ALQUILER DE HABITACIONES

De acuerdo con los artículos 2.1 y 7 LAU, el contrato solamente se considera arrendamiento de vivienda cuando tiene por objeto una edificación habitable cuyo destino primordial sea el de satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, de su cónyuge no separado, legalmente o de hecho, o de los hijos dependientes. Por el contrario, carece de tal carácter cuando, a pesar de destinarse a vivienda, no lo hace con carácter permanente, como sucede con los arrendamientos de temporada, que se consideran arrendamientos para uso distinto del de vivienda (art. 3.2 LAU). En este caso, la finalidad de la ocupación se caracteriza por la transitoriedad, por razón de circunstancias distintas de la instalación de la residencia permanente y el domicilio habitual.

La dificultad de acceso a una vivienda alquilada, provocada fundamentalmente por la escasez de la oferta y sus altos precios en relación con el nivel de ingresos de muchos ciudadanos, ha llevado al crecimiento sustancial en los últimos años del alquiler de habitaciones como vivienda permanente del arrendatario, sobre todo entre colectivos vulnerables, así como entre jóvenes que encuentran en este modo colaborativo o participativo de convivencia una vía para independizarse.

Cuando hablamos de alquiler de habitaciones nos referimos, no solo al arrendamiento que recae en exclusiva sobre una habitación, sino también al más habitual, que es el que concede además un derecho al uso compartido de las dependencias de las que se sirven simultáneamente los restantes ocupantes de la vivienda, como es el cuarto de baño y la cocina, debiendo el arrendatario abonar una renta y, generalmente también, el importe de los gastos por los servicios utilizados (agua, electricidad...). Pues bien, el Tribunal Supremo no se ha pronunciado, y no existe unanimidad en la doctrina ni en la jurisprudencia menor sobre el régimen jurídico aplicable a este tipo de alquileres cuando se destinan a vivienda permanente del arrendatario: el de la Ley de arrendamientos urbanos o el del Código civil; y en el primer caso, el del arrendamiento de vivienda o el propio del arrendamiento para uso distinto del de vivienda. Esta cuestión es particularmente importante a los efectos de determinar la duración del contrato, ya que es la que ocasiona mayor litigiosidad<sup>(6)</sup>.

A nuestro juicio, no puede considerarse comprendido dentro de la definición del arrendamiento de vivienda del artículo 2.1 LAU, pues el espacio que se arrienda y se cede en exclusiva es solo el de una habitación, y no concurre la nota de habitabilidad que se precisa en dicho precepto,

---

(6) Análizo detenidamente este tema en mi trabajo CALLEJO RODRÍGUEZ, C., *RCDI*, pp. 2681-2728.



vinculada con la idea de lugar de desarrollo de la vida doméstica del inquilino con la intimidad y servicios que hoy se consideran indispensables, de los que solo se dispone de forma compartida, pero que no sirven para suplir la ausencia de tal requisito en el único objeto de arriendo, que es la habitación, por recaer sobre ella un uso exclusivo. En todo caso, y partiendo de la dudas que existen ante la calificación de estos contratos, debe realizarse una interpretación sistemática que tenga en cuenta la vis atractiva del Código Civil respecto de las leyes especiales conforme a la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo expuesta en las sentencias de 10 de febrero de 1986, 24 de febrero de 2000 y 15 de junio de 2000, de modo que, en estos supuestos, el intérprete debe inclinarse por la legislación común en defecto de la especial.

Igualmente, estimamos que ha de quedar descartada la calificación del contrato de arrendamiento de habitación como arrendamiento para uso distinto del de vivienda siempre que su finalidad sea satisfacer la necesidad de vivienda permanente del arrendatario —o familiares señalados en el artículo 7 LAU—, pues el artículo 3.1 LAU dispone que «se considera arrendamiento para uso distinto del de vivienda aquel arrendamiento que, recayendo sobre una edificación, tenga como destino primordial uno distinto del establecido en el artículo anterior». Y ese destino primordial al que se refiere el artículo anterior es el de vivienda permanente. Por lo tanto, si el arrendamiento recae sobre una habitación que se destina a vivienda permanente, no se puede calificar como arrendamiento para uso distinto del de vivienda.

En consecuencia, nos parece que el arrendamiento de habitación con derecho al uso compartido de zonas comunes —y con más razón si no se atribuye tal uso—, no queda sometido a la legislación especial arrendaticia sino a lo pactado por las partes y a lo dispuesto en los artículos 1542 y siguientes del Código Civil; regulación que resulta insuficiente y no da respuesta a los problemas que presenta este arrendamiento, por lo que se hace necesaria la elaboración de una normativa específica, que otorgue a los contratantes la debida estabilidad en la tenencia, unida a una cierta dosis de flexibilidad para poder atender a las posibles dificultades de convivencia que pueden surgir entre el arrendador y el o los arrendatarios<sup>(7)</sup>.

---

(7) Esta regulación se ha intentado llevar a cabo en Cataluña a través del Decreto Ley 6/2024, de 24 de abril, de medidas urgentes en materia de vivienda, que añadía un nuevo artículo 66 bis.4 a la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en el que ordenaba la aplicación de la normativa del arrendamiento de vivienda al alquiler de habitaciones y del control de rentas al disponer que, en este tipo de contratos, la suma de las rentas pactadas en varios contratos de arrendamiento de vivienda simultánea de una vivienda ubicada en una zona de mercado residencial tensionado no podría rebasar la renta máxima aplicable al arrendamiento unitario de la vivienda. Sin embargo, esta normativa no superó la convalidación expresa. *Vid.* NASARRE AZNAR, S., *Hay Derecho*. Por otra parte, a nivel estatal, la Proposición de Ley relativa a la regulación de los contratos de alquiler de vivienda y de temporada y alquiler de habitaciones (BODG 5 de julio de 2024), presentada por los Grupos

### 3. PROBLEMAS RELATIVOS A LA DURACIÓN DEL CONTRATO

#### 3.1 La excepción a la prórroga obligatoria del contrato en caso de necesidad personal o familiar del arrendador

Respecto a la duración del contrato, el derecho a la vivienda comprende el derecho a acceder y a permanecer en ella; de ahí la necesidad de promover unas condiciones que atribuyan al arrendatario cierta estabilidad. Su regulación ha ido variando a lo largo del tiempo, y así frente a la situación de prórroga forzosa del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de arrendamiento urbanos, y el régimen liberalizador del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica, la Ley de 1994 se decantó por un sistema intermedio a través de la fijación de un plazo mínimo cuya duración ha ido cambiando<sup>(8)</sup>.

En la regulación vigente, se parte del principio de que la duración del contrato será libremente pactada por las partes, si bien, como iremos examinando, se recogen importantes limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes en favor del arrendatario, acrecentadas tras la reforma operada por la LDV mediante la introducción de nuevas prórrogas extraordinarias.

En el artículo 9.1 LAU se establece que, cuando el plazo pactado fuera inferior a cinco años, o inferior a siete años si el arrendador fuese persona jurídica, llegado el día del vencimiento del contrato, este se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de cinco años, o de siete años si el arrendador fuese persona jurídica, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador, con treinta días de antelación como mínimo a la fecha de terminación del contrato o de cualquiera de las prórrogas, su voluntad de no renovarlo (art. 9.1.1 LAU).

Ahora bien, el arrendador persona física podrá evitar la prórroga obligatoria del contrato prevista en el artículo 9.1 LAU si necesita la vivienda para uso propio o de sus padres o hijos por consanguinidad o adopción, o de su cónyuge en caso de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial (art. 9.3.1 LAU). Esta posibilidad de recuperación del uso por razo-

---

Parlamentarios Plurinacional SUMAR, Euskal Herria Bildu, Republicano y Mixto, y cuya toma en consideración fue rechazada, asimilaba el arrendamiento de habitaciones con el arrendamiento de vivienda a través de la modificación del artículo 2.1. LAU.

(8) Frente a este sistema de fijación de una duración mínima, algunos autores, a la hora de diseñar un posible modelo catalán de arrendamientos urbanos, han propuesto un modelo que garantice una mayor estabilidad y que introduzca un tipo de contrato de duración larga o indefinida compatible con un alquiler de duración más corta que permitiría cubrir las necesidades de uso residencial acotadas en el tiempo o como contrato de prueba que resultara indefinido en caso de prórroga (*vid.* MOLINA ROIG, E., 2018, p. 71 y NASARRE AZNAR, S., 2020, pp. 573-576).

nes personales o familiares debe figurar expresamente en el contrato y solo se puede ejercer cuando ha transcurrido ya el primer año del contrato.

La cuestión más conflictiva que presenta esta posibilidad consiste en determinar si es necesario especificar en la cláusula de necesidad de la vivienda la causa concreta que permitirá al arrendador justificar su oposición a la prórroga del contrato dentro de los cinco años, excluyendo causas que surjan posteriormente, o si no se requiere especificar la causa exacta, bastando con prever en el contrato que la necesidad de ocupar el inmueble determinará la improcedencia de la prórroga, ya que la necesidad puede surgir después de firmar el contrato. Pues bien, no hay consenso claro en la doctrina<sup>(9)</sup> ni en la jurisprudencia menor<sup>(10)</sup> al respecto, pero lo cierto es que se ha generalizado en la práctica incluir en los contratos una cláusula de estilo que anticipa la necesidad del arrendador como motivo genérico para impedir la prórroga del contrato de arrendamiento.

Por otra parte, el artículo 9.3 LAU solo contempla la necesidad personal o familiar como causa de improcedencia de la prórroga obligatoria, no como motivo para interrumpir el plazo pactado. Por eso, consideramos que este mecanismo solo opera cuando el contrato se encuentra en prórroga legal y no en plazo contractual<sup>(11)</sup>.

Asimismo, resulta discutible si la excepción de la situación de necesidad solo impide la prórroga que está por venir de manera que a pesar de que concurra la necesidad, el arrendador ha de esperar a la finalización de la prórroga anual en curso, si bien la necesidad impedirá una nueva prórroga; o si, además, abarca la prórroga en la que el arrendatario se encuentra inmerso cuando concurre la situación de necesidad, haciendo imposible su continuación. Ciertamente, el tenor literal del primer párrafo del artículo 9.3 LAU («...no procederá la prórroga obligatoria del contrato cuando...») conduce a entender que se regula un supuesto de exclusión de la prórroga obligatoria del contrato y no de resolución que permitiría la interrupción de la prórroga que

---

(9) Así, a favor de entender que no se requiere que conste la causa de la necesidad se inclinan MARÍN LÓPEZ, J. J., y COLÁS ESCANDÓN, A., 2020, pp. 326-327. Sin embargo, considera que, en la medida de lo posible, hay que expresar mínimamente y de forma amplia la previsible causa de necesidad FUENTES-LOJO RIUS, A., 2021, p. 495.

(10) Estiman que es necesario que conste la causa de necesidad concreta, entre otras, la SAP de Murcia de 24 de julio de 2002 (JUR 2002, 265852); SAP de Navarra de 23 de marzo de 2004 (JUR 2004, 135388); SAP de Vizcaya de 17 de febrero de 2003 (JUR 2003, 141427); SAP de Madrid de 4 de septiembre de 2006 (JUR 2007, 31969) y de 7 de julio de 2009 (JUR 2009, 369133); y SAP de Guipúzcoa de 18 de marzo de 2011 (JUR 2014, 178453). Mantienen la segunda posición que considera que no se precisa la constancia en el contrato de la causa de necesidad concreta, SAP de las Palmas de 15 de junio de 1996 (AC 1996, 1159); SAP de Álava de 26 de enero de 2001 (AC 2001, 770) y de 17 de mayo de 2004 (JUR 2004, 279503); SAP de Albacete de 14 de enero de 2004 (JUR 2004, 52721). Vid. REBOLLEDO VARELA, A. L., *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*.

(11) En este sentido se manifiestan, entre otros, PARRA LUCÁN, M. A., 2014, p. 80; MARÍN LÓPEZ, J. J., y COLÁS ESCANDÓN, A., 2020, p. 337; FUENTES-LOJO RIUS, A., 2021, p. 494.

ya ha comenzado<sup>(12)</sup>. Sin embargo, debemos tener en cuenta el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 9 LAU que establece que para ejercer esta potestad de recuperar la vivienda, el arrendador ha de comunicar la necesidad, especificando la causa o causas<sup>(13)</sup>, con dos meses de antelación a la fecha en la que la vivienda se va a necesitar y el arrendatario estará obligado a entregar la finca arrendada en dicho plazo si las partes no llegan a un acuerdo. Esta previsión permite mantener que en cuanto aparece la necesidad, aunque sea a lo largo de la prórroga en curso –nunca durante el primer año de duración del contrato–, se puede resolver el contrato. Por otra parte, debemos hacer notar que los tribunales no exigen que la acción de resolución por concurrir causa de necesidad personal o familiar se ejercite cuando haya finalizado cada una de las prórrogas forzosas del contrato que regula el artículo 9.1 LAU, sino que, en cualquier momento, siempre que concurren los requisitos precisos para su ejercicio, transcurrido el primer año, se admite que la arrendadora pueda instar la resolución por causa de necesidad<sup>(14)</sup>.

## 3.2 Prórroga tácita del contrato

Para favorecer la continuidad del arrendamiento y en aras a reforzar la estabilidad residencial, llegada la fecha de vencimiento del contrato o de cualquiera de sus prórrogas, siempre que el contrato haya durado como mínimo 5 años, o 7 si el arrendador fuese una persona jurídica, el artículo 10.1 LAU establece una prórroga tácita por plazos anuales hasta un máximo de tres años, siempre que ninguna de las partes hubiese notificado a la otra su voluntad de no renovar el contrato dentro de los plazos fijados legalmente. Ahora bien, iniciada esta prórroga, el arrendatario conserva el derecho a manifestar al arrendador con un mes de antelación a la fecha de terminación de cualquiera de las anualidades que no quiere renovar el contrato. Por lo tanto, iniciada la prórroga, solamente el arrendatario se encuentra ya facultado para resolver anualmente el contrato.

(12) Como mantienen MARÍN LÓPEZ, J. J. y COLÁS ESCANDÓN, A., 2020, p. 330.

(13) En relación con la especificación de la causa o causas que motivan la causa de necesidad y que han de constar en la comunicación del arrendador al arrendatario, señala la SAP de Sevilla de 11 de julio de 2024 (JUR 2024, 409225): «no cabe duda de que aunque ciertamente no se exige al arrendador la acreditación fehaciente de todos aquellos hechos y circunstancias que tiendan a acreditar la causa de necesidad invocada para la denegación de la prórroga forzosa, la interpretación de dicha norma con base en el principio de seguridad jurídica, y el respeto al principio *pacta sunt servanda*, obligan al arrendador que pretende denegar la prórroga legal de un contrato de arrendamiento, a poner en conocimiento de la parte arrendataria un mínimo de datos que permitan a ésta conocer y valorar el motivo invocado, todo ello en evitación de indefensión a la parte arrendataria, amparada por una duración mínima contractual prevista legalmente, así como en evitación posibles conductas arbitrarias que pudieran perjudicar los derechos de la arrendataria».

(14) Entre otras, SAP de Madrid de 10 de junio de 2021 (JUR 2021, 271021) y SAP de Málaga de 7 de marzo de 2022 (JUR 2022, 260199).

Esta prórroga opera en contratos concertados por cinco, siete –si el arrendador es persona jurídica– o más años, una vez finalizado el período contractual, y en aquellos otros en los cuales, convenidos por plazo inferior, el arrendatario haya hecho valer hasta el periodo mínimo la prórroga forzosa del artículo 9 LAU<sup>(15)</sup>. El precepto solo precisa que haya transcurrido el mínimo legal pero no fija un máximo, de manera que es indiferente que esos cinco o siete años si el arrendador es persona jurídica, procedan del pacto de las partes, cuya duración inicial sea igual o supere esa duración mínima (por ejemplo, siendo el arrendador una persona física, se haya pactado una duración de cinco o diez años), o del pacto inferior a la duración mínima más una o varias prórrogas obligatorias del artículo 9.1 LAU (por ejemplo, siendo el arrendador persona jurídica, se ha pactado una duración de un año, que se ha prorrogado anualmente hasta siete años, con seis prórrogas anuales). Por lo tanto, cuando expira el plazo pactado superior a la duración mínima del artículo 9.1 LAU, procede la prórroga del artículo 10.1 LAU, y no la tácita reconducción (art. 1566 CC).

### 3.3 Prórrogas legales extraordinarias

La Ley 12/2023, de 24 de mayo, del derecho a la vivienda, ha añadido dos nuevos apartados al artículo 10 LAU en los que se ha consolidado la figura de las prórrogas extraordinarias de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual que había sido prevista inicialmente en la legislación de urgencia<sup>(16)</sup>. Su ámbito no comprende con carácter general todo contrato de arrendamiento de vivienda y todo contratante, sino solo dos supuestos concretos.

La primera prórroga legal extraordinaria es de un año, siempre que el arrendatario esté en situación de vulnerabilidad social y económica y el arrendador sea un gran tenedor de viviendas, salvo que las partes hayan suscrito un nuevo contrato (art. 10.2 LAU). El arrendador que reúna dicha condición no podrá denegarla siempre que el arrendatario se lo comuniqué por escrito y acredite su situación de vulnerabilidad antes de que venza el período de prórroga obligatoria o tácita a través de un informe o certificado emitido en el último año por los servicios sociales de ámbito municipal o autonómico.

(15) GUILARTE GUTIERREZ, V., 2014, pp. 250 y 265; MARÍN LÓPEZ, J. J., y COLÁS ESCANDÓN, A. M., 2020, p. 383.

(16) Se habían previsto con carácter excepcional en el artículo 2 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 y en el artículo 71 del Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad.

Respecto a la condición de gran tenedor del arrendador, el artículo 10.2 LAU remite al concepto definido en el artículo 3.k LDV –persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1500 m<sup>2</sup> de uso residencial, excluyendo garajes y trasteros–. Esta definición podrá ser particularizada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado hasta aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la Comunidad Autónoma en la correspondiente memoria justificativa<sup>(17)</sup>.

La segunda prórroga legal extraordinaria (art. 10.3 LAU) se aplica también a solicitud del arrendatario, y tiene carácter anual hasta un período máximo de tres años a voluntad de dicho arrendatario siempre que la vivienda habitual se ubique en una zona de mercado residencial tensionado durante el periodo de vigencia de la declaración de la referida zona (art. 18 LDV). Deberá ser aceptada obligatoriamente por el arrendador –sea o no un gran tenedor–, salvo que se hayan fijado otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes o se haya suscrito un nuevo contrato de arrendamiento con las limitaciones en la renta que en su caso procedan por aplicación de lo dispuesto en los apartados 6 y 7 del artículo 17 LAU.

A diferencia de la prórroga extraordinaria anterior, en este caso, el arrendador puede denegarla por causa de necesidad personal o familiar, siempre que así se lo haya comunicado al arrendatario en los plazos y condiciones establecidos en el artículo 9.3 LAU. Dada la remisión a este precepto, será preciso para que pueda operar esta excepción que el arrendador sea persona física, y al tiempo de la celebración del contrato se hubiese hecho constar en el mismo, de forma expresa, la necesidad.

En ambas prórrogas, el arrendatario debe exteriorizar su voluntad de acogerse a ellas antes de que el contrato quede legalmente extinguido, pues entonces ya no se podría hablar de prórroga sino de rehabilitación del vínculo contractual, que no constituye la situación jurídica legalmente contemplada, tal como señala el Tribunal Supremo en la sentencia de 4 de octubre de 2022<sup>(18)</sup> en relación con la prórroga establecida en el artículo 2 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo.

---

(17) En el momento de escribir estas páginas se ha publicado la Resolución de 14 de marzo de 2024 de la Secretaría de Estado de Vivienda y Agenda Urbana (*BOE* 15 de marzo de 2024) que declara 140 municipios de Cataluña como zonas de mercado residencial tensionado; y las Resoluciones de 28 de enero de 2025 (*BOE* de 30 de enero de 2025) por la que se declara así para Errentería, y de 29 de abril de 2025 (*BOE* 30 abril de 2025) para Lasarte-Oria, Zumaia, Irun y Barakaldo. En todas ellas se considera gran tenedor de vivienda a la persona física o jurídica que sea titular de 5 o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados dentro de la zona de mercado residencial tensionado.

(18) RJ 2022, 4232. En la jurisprudencia menor, SAP de Barcelona de 16 junio de 2022 (JUR 2022, 249212).

En todas las prórrogas previstas en el artículo 10 LAU, se seguirá aplicando al contrato prorrogado el régimen legal y convencional al que estuviera sometido (art. 10.4 LAU).

Una de las cuestiones problemáticas que se plantean se refiere a los supuestos en que se aplicarán estas prórrogas. La primera de ellas procederá, de acuerdo con el artículo 10.2 LAU, «en los contratos en los que finalice el período de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1, o el período de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1». Por lo tanto, cuando finaliza la prórroga de cinco o siete años que establece el artículo 9.1 LAU ( $5/7+1$ ), o cuando finaliza la prórroga tácita de tres años del artículo 10.1 LAU ( $5/7+3+1$  o duración superior pactada $+3+1$ ).

Sin embargo, para la segunda prórroga extraordinaria regulada en el artículo 10.3 LAU, se dice que se aplicará cuando «finalice el período de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1 o el período de prórroga tácita previsto en el apartado anterior». Esta segunda remisión resulta confusa, ya que la prórroga tácita se regula en el artículo 10.1 LAU, mientras que el apartado anterior al artículo 10.3 LAU es el 10.2 LAU, que regula la primera prórroga extraordinaria para personas vulnerables con arrendador gran tenedor, que no es tácita, y solo requiere la solicitud del arrendatario. Esto lleva a cuestionar si la segunda prórroga extraordinaria procede después de la prórroga tácita [ $5/7 + 3$  (tácita) + 3 (extraordinaria)] o de la primera prórroga extraordinaria [ $5/7 + 1$  (primera extraordinaria) + 3 (segunda extraordinaria) o  $5/7+3$  (tácita) +1 (primera extraordinaria) +3 (segunda extraordinaria)].

A nuestro juicio, debemos partir del principio que inspira la norma: dar mayor estabilidad a los arrendatarios. Por ello, creemos que se debe hacer una interpretación correctora y entender que procede la solicitud por el arrendatario de la segunda prórroga extraordinaria cuando se den los presupuestos legales –contrato de vivienda ubicada en una zona de mercado residencial tensionado mientras está vigente la declaración– tanto después de la prórroga tácita del artículo 10.1 LAU como después de la prórroga extraordinaria del artículo 10.2 LAU, para el arrendatario vulnerable si el arrendador es gran tenedor.

Por lo tanto, podrá pedirse la prórroga extraordinaria de tres años una vez finalizado el plazo de cinco o siete años del artículo 9.1 LAU ( $5/7+3$ ), transcurrida la prórroga tácita del artículo 10.1 LAU ( $5/7+3+3$ ) o una vez transcurrida la prórroga de un año del artículo 10.2 LAU si se trata de un arrendatario vulnerable ( $5/7+1+3$  o  $5/7+3+1+3$ ), cuando la vivienda esté en una zona de mercado tensionado.

Ahora bien, la prórroga para el arrendatario vulnerable en los términos señalados en el artículo 10.2 LAU siempre se ha de pedir antes que la de los tres años del artículo 10.3 LAU, pues el artículo 10.2 LAU no plantea

duda cuando señala que procederá cuando «finalice el período de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1, o el período de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1».

Por otra parte, nos parece que proceden ambas prórrogas extraordinarias cuando el contrato no se halle en situación de prórroga obligatoria ni tácita, sino una vez finalizado la duración fijada contractualmente que coincide con la duración legal mínima, tal como señala la STS de 21 de diciembre de 2023<sup>(19)</sup> respecto a la prórroga contemplada en el artículo 2 del Real Decreto-ley 11/2020. Creemos que la referencia a los contratos «en los que finalice el período de prórroga obligatoria de acuerdo con lo previsto en el artículo 9.1» ha de interpretarse en el sentido de que haya finalizado el contrato por haber transcurrido el período de duración mínima, ya sea porque se ha pactado un plazo inferior y se ha ido prorrogando en virtud del artículo 9.1 LAU hasta la duración legal mínima, o porque se ha pactado tal duración en el contrato. Dar un trato diferente a ambas situaciones carece de justificación y sería una interpretación contraria a su lógica, espíritu y finalidad.

No se contempla qué sucede con los contratos en los que se ha pactado una duración superior a la duración legal mínima. Si una vez finalizada la duración pactada ha tenido lugar la prórroga tácita del artículo 10.2 LAU procedería cualquiera de las dos prórrogas extraordinarias pues así se prevé legalmente (arts. 10.2 y 10.3 LAU), tal como hemos señalado. En otro caso, puesto que la regulación de la primera prórroga extraordinaria busca otorgar mayor estabilidad a los arrendatarios más necesitados de protección, cabe entender que podría invocarse antes del vencimiento de contratos que estén tanto en plazo de duración contractual como legal<sup>(20)</sup>. Igualmente podría alegarse que no hay razón para excluir la segunda prórroga en estos casos en que la duración será mayor por un acuerdo de las partes al pactar una duración inicial del contrato superior al mínimo legal. Sin embargo, también cabe alegar en contra de tal postura que ya se habría alcanzado por pacto de las partes la estabilidad que se busca en estos casos, por lo que no se precisaría la intervención del legislador; además estamos ante unas prórrogas extraordinarias que no cabría extender a supuestos distintos de los previstos legalmente.

No existe unanimidad a la hora de señalar los contratos de arrendamiento de vivienda a los que se aplica este nuevo régimen de prórrogas extraordinarias: solo a los contratos celebrados después de la entrada en vigor de la LDV (26 de mayo de 2023) o también a los celebrados antes, pero que finalicen después de la entrada en vigor de la LDV y que se en-

(19) JUR 2024, 2147.

(20) En este sentido, FUENTES-LOJO RIUS, A., *AC*, 2023.



cuentren en las situaciones reguladas en los apartados 2 y 3 del artículo 10 LAU. En favor de la primera postura cabe acudir a la disposición transitoria cuarta de la LDV que en su apartado 1 dispone que «Los contratos de arrendamiento sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley, continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación». Para fundamentar la segunda opinión se argumenta que si el legislador hubiese pretendido otorgar el mismo efecto positivo a la aplicación de las prórrogas extraordinarias de los contratos de arrendamiento previstas en la modificación del artículo 10 LAU que el que se ha otorgado a la limitación de las rentas de alquiler en las zonas de mercado residencial tensionado, habría incluido en la disposición final primera de la LDV una nueva disposición transitoria en la LAU para asegurar que, al igual que con la limitación de las rentas en las zonas tensionadas<sup>(21)</sup>, el nuevo régimen de las prórrogas extraordinarias no se aplicase a los contratos de arrendamiento de vivienda habitual suscritos antes de la entrada en vigor de la modificación. Sin embargo, no lo hizo porque no era necesario, ya que la prórroga no es un elemento esencial del contrato que deba determinarse en el momento de su celebración. Ciertamente, las prórrogas no son elementos esenciales configuradores del contrato de arrendamiento, como sí es la renta, ni se concretan en el momento de contratar, sino que son consecuencia del vencimiento, que es el momento al que debe diferirse el régimen aplicable sobre ellas. No existe en tal caso, se argumenta, una aplicación retroactiva de la norma modificativa, sino una aplicación sin más de la norma vigente en el momento en el que nace el supuesto de hecho que esa norma regula, de modo que, cualquier excepción a esa regla general debe preverse expresamente mediante el establecimiento de un régimen transitorio específico, que no se ha previsto<sup>(22)</sup>.

Esta postura, sin embargo, nos parece que plantea un importante obstáculo en relación con los contratos susceptibles de ser objeto de la segunda prórroga extraordinaria, ya que para ellos cabe que el arrendador se oponga a la prórroga en caso de necesidad, y en este supuesto se exigen los mismos plazos y condiciones establecidos en el artículo 9.3 LAU, entre ellos, que se haya previsto en el contrato una cláusula de necesidad personal o familiar. El problema es que en los contratos celebrados antes de la

---

(21) Dicha disposición transitoria en su apartado 1 dispone: «La regulación establecida en el apartado 7 del artículo 17 se aplicará a los contratos que se formalicen desde la entrada en vigor de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, y una vez se encuentre aprobado el referido sistema de índices de precios de referencia, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda y lo establecido en la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler».

(22) FEU FONTAÑA, P., *Revista de Derecho vLex*.

entrada en vigor de la LDV no se haya hecho tal previsión porque en el momento de celebrarse el contrato el arrendador no pudo prever una duración tan larga como la que ahora se impone con la modificación de la LAU, lo que no le ha permitido incluir en el contrato una cláusula de necesidad.

### 3.4 Muerte del arrendatario

En atención a la convivencia en la vivienda familiar arrendada, el artículo 16 LAU recoge el derecho de subrogación en el contrato de ciertas personas en caso de que fallezca el arrendatario antes de finalizar el plazo de duración. Concretamente se reconoce en favor del cónyuge, pareja, descendientes, ascendientes, hermanos y parientes hasta el tercer grado con minusvalía.

El principal problema que ha planteado la interpretación de este precepto se refiere a la necesidad establecida en el artículo 16.3 LAU de que la notificación del hecho del fallecimiento, identidad del subrogado y del cumplimiento de los requisitos legales para subrogarse –acompañado de ciertos documentos– se produzca por escrito.

En la STS, Pleno, de 20 de julio de 2018<sup>(23)</sup>, frente a la tesis que había mantenido anteriormente<sup>(24)</sup>, nuestro Alto Tribunal sienta doctrina y estima que «por razón de la buena fe, el efecto extintivo del contrato puede ser un resultado injusto cuando, a pesar de no haberse llevado a cabo una notificación formal por escrito, el arrendador tiene un conocimiento efectivo de que se ha producido el fallecimiento del arrendatario y de la voluntad de subrogación de quien tiene derecho a ello». Añade que «no debe perderse de vista que, de acuerdo con el régimen legal, el consentimiento del arrendador no es un requisito para que se produzca la subrogación y que la exigencia de notificación lo que pretende es que el arrendador tenga conocimiento en un plazo razonable del ejercicio de un derecho que le afecta. Invocar la falta de notificación para extinguir el contrato cuando el arrendador conoce la voluntad del ejercicio del derecho de subrogarse resulta, por tanto, contrario a la buena fe».

---

(23) RJ 2018, 2834. Reiterada en la STS de 27 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 4411) y mantenida en la SAP de Madrid de 23 octubre de 2020 (JUR 2021, 161459).

(24) La STS de 30 de mayo de 2012 (RJ 2012, 8352), cuya doctrina ratifica la sentencia de Pleno de 22 de abril de 2013 (RJ 2013, 3495), y confirma la sentencia de 23 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7256), considera que para que tenga lugar la subrogación es imprescindible el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16 LAU, que incluyen la comunicación por escrito del fallecimiento y de la identidad de la persona que tiene la voluntad de subrogarse.

## 4. RENTA Y LIMITACIÓN DE GARANTÍAS

Según el artículo 17 LAU, la renta será libremente estipulada por las partes. Sin embargo, la LDV ha introducido dos nuevos apartados en dicho precepto con reglas específicas para la determinación de la renta cuando la vivienda esté situada en zonas de mercado residencial tensionado, según el arrendador sea o no gran tenedor<sup>(25)</sup>, y cuyo análisis se afronta en otra parte de este Tratado<sup>(26)</sup>.

Además, la LDV ha modificado el artículo 17.3 LAU para establecer que el pago de la renta habrá de hacerse por medios electrónicos, manteniéndose únicamente de forma excepcional el pago en metálico en la vivienda arrendada cuando alguna de las partes carezca de cuenta bancaria o acceso a medios electrónicos de pago, en cuyo caso, se podrá efectuar en metálico y en la vivienda arrendada. Con esta norma se pretende luchar contra el mercado negro.

En cuanto a la actualización de la renta, el Instituto Nacional de Estadística (INE) ha publicado el nuevo índice de actualización anual de los contratos de arrendamiento de vivienda cumpliendo con la previsión introducida por la LDV, a través de la disposición adicional undécima en la LAU que establecía que «El Instituto Nacional de Estadística definiría antes del 31 de diciembre de 2024, un índice de referencia para la actualización anual de los contratos de arrendamiento de vivienda que se fijará como límite de referencia a los efectos del artículo 18 de esta ley, con el objeto de evitar incrementos desproporcionados en la renta de los contratos de arrendamiento»<sup>(27)</sup>.

El arrendatario de vivienda debe pagar, al celebrar el contrato, una fianza en metálico equivalente a una mensualidad de la renta (art. 36.1 LAU). Además de la fianza, el artículo 36.5 LAU permite pactar otras garantías adicionales, y tras su redacción dada por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, prohíbe que excedan de dos mensualidades de renta cuando la duración del contrato no sea superior al mínimo legal, lo que se estudia también en otro lugar de esta obra<sup>(28)</sup>.

---

(25) *Vid.* FUENTES-LOJO RIUS, A., *Diario La Ley*, núm. 10470, 2024; FUENTES-LOJO RIUS, A. (coord.); CARRASCO PERERA, A.; SALAS ROCA, C.; MOLINA ROIG, E., y CORDOBÉS MILLÁN, E., *AC*, núms. 4 y 5, 2024.

(26) *Vid.* en este Tratado MOLINA ROIG, E., «Intervención del mercado de alquiler. Control de rentas. Limitación de garantías». Sección 4. Bloque VII. Apartado b.

(27) *Vid.* en este Tratado MOLINA ROIG, E., «Intervención del mercado de alquiler. Control de rentas. Limitación de garantías». Sección 4. Bloque VII. Apartado b.

(28) *Vid.* en este Tratado CUENA CASAS, M., «Problemas que plantea la evaluación de la solvencia del arrendatario». Sección 4. Bloque VI. Apartado b y MOLINA ROIG, E., «Intervención del mercado de alquiler. Control de rentas. Limitación de garantías». Sección 4. Bloque VI. Apartado b.

## 5. GASTOS DE LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO Y DERECHO DE INFORMACIÓN DEL ARRENDATARIO

La forma de conclusión del contrato es libre, pero las partes pueden compelerse a su formalización por escrito (art. 37 LAU, que además señala un contenido mínimo). La LDV ha modificado el sujeto de pago de los gastos de formalización del contrato, que ahora serán de cargo del arrendador en todo caso, y no solo cuando el arrendador sea persona jurídica; esta misma regla se aplica a los gastos de gestión inmobiliaria (art. 20.1.5 LAU).

Por otra parte, el artículo 30 LDV proclama entre los derechos de las personas demandantes y arrendatarias de vivienda el de recibir información, incluida la suministrada por medios publicitarios, en formato accesible para personas con discapacidad o dificultades de comprensión, que sea completa, objetiva, veraz, clara, comprensible y accesible, sobre las características de las viviendas, sus servicios o instalaciones y las condiciones jurídicas y económicas de su arrendamiento; y el artículo 31 LDV ha establecido la información mínima previa a la formalización del contrato que puede exigir la persona interesada en el arrendamiento de una vivienda.

En relación con estos deberes de información es preciso señalar que, entre los sujetos obligados están «las personas propietarias» que no tienen condición de empresarios, para las que, en ocasiones, puede ser materialmente complejo cumplir esta obligación (p.ej. para personas con discapacidad, personas mayores, o con dificultades de comprensión interesados en alquilar una vivienda a un particular)<sup>(29)</sup>.

## 6. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES. NOVEDADES PROCESALES INTRODUCIDAS POR LA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA

Con carácter general, el artículo 27.1 LAU autoriza a arrendador y arrendatario, de conformidad con el artículo 1124 CC, cuando hubiesen cumplido sus obligaciones, a optar, ante el incumplimiento de la otra contraparte, entre exigir el cumplimiento o promover la resolución contractual. Y de manera específica, se establecen ciertas causas por las que el arrendador (art. 27.2 LAU) y el arrendatario (art. 27.3 LAU) podrán resol-

---

(29) COUSO PASCUAL, J. R., *El notario del siglo XXI*, p. 15.

ver de pleno derecho el contrato. Además, son causa de resolución las señaladas en el artículo 28 LAU.

Por su parte, la disposición final quinta LDV modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, e introduce importantes novedades en la regulación de los juicios de desahucio y demás procedimientos declarativos –juicios para la tutela sumaria de la posesión, juicios para la efectividad de los derechos reales inscritos– y ejecutivos –ejecuciones hipotecarias y otro tipo de ejecuciones dinerarias–<sup>(30)</sup>.

Dado que este trabajo no pretende el examen exhaustivo de dicha regulación, nos gustaría destacar la reforma del artículo 439 LEC, en el que se recogen nuevos presupuestos de admisión de las demandas de desahucio (procedimientos del artículo 250. 1. 1.º, 2.º, 4.º y 7.º LEC). De acuerdo con esta regulación, en todas las demandas de desahucio deberá acreditarse si el inmueble constituye la vivienda habitual de la persona ocupante y si el demandante tiene la condición de gran tenedor.

Por lo tanto, deberá ser el actor quien pruebe si el inmueble constituye vivienda habitual de quien la ocupa. Ahora bien, esta exigencia resulta jurídicamente injustificable pues debemos tener en cuenta que este presupuesto se requiere en todos los juicios de desahucio por falta de pago y expiración del término, incluyendo los que tengan por objeto exclusivamente la reclamación de rentas y demás cantidades derivadas del contrato de arrendamiento; los de precario; los sumarios de recobrar la posesión, y por lo tanto, el especial contra okupas introducido por la Ley 5/2018, de 11 de junio; y los sumarios ejercitados por titulares de derechos inscritos. Y salvo en el caso de una demanda de desahucio arrendaticio de vivienda, en que se deriva de la propia naturaleza del contrato el destino del inmueble a vivienda habitual, en la mayoría de los casos la propiedad ignora la finalidad de la utilización del inmueble del precarista u ocupante<sup>(31)</sup>.

La falta de condición de gran tenedor deberá acreditarse mediante un certificado del Registro de la Propiedad en el que conste la relación de propiedades de las que es titular la parte actora, lo que se ha considerado desafortunado pues no existe en la actualidad un tipo de Certificación registral que permita certificar la totalidad de bienes inmuebles de uso residencial, excluyendo garajes y trasteros, de que pueda disponer un propietario, dado que el Registro de índices no permite obtener este tipo de certificaciones, limitándose a remitirnos a los Registros de la Propiedad correspondientes en los que el propietario pueda disponer de alguna titu-

---

(30) Vid. FUENTES-LOJO RIUS, A., *Práctica de Tribunales*; ACHÓN BRUÑEN, M. J., *Práctica de los Tribunales*; LÓPEZ SIMÓ, F., *Diario La Ley*.

(31) ACHÓN BRUÑEN, M. J., *Práctica de los Tribunales*.

laridad dominical. Además, porque la aportación de dichas certificaciones, tantas como inmuebles disponga el titular, en absoluto garantiza que el demandante no disponga de otros que decide no aportar, por lo que tendría el mismo valor, y resultaría por lo menos más económica, la simple declaración del demandante de que no reúne la condición de gran tenedor, sin perjuicio, de los efectos que pudieran derivarse, incluso penales, de su falsedad. Y finalmente, carece de sentido que se exijan Certificaciones del Registro de la Propiedad, de elevado coste y expedición que puede demorarse en el tiempo, y no Nota Simple que consigue el mismo objetivo y que es documento habitualmente utilizado en el ámbito procesal, salvo cuando específicamente la LEC exige aquella con carácter excepcional<sup>(32)</sup>.

Además, se imponía a los grandes tenedores la obligación de acreditar si el inquilino se encontraba en situación de vulnerabilidad económica o social, pero el Tribunal Constitucional en la sentencia 26/2025 de 29 de enero de 2025, en la que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular contra diversos preceptos de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, declaró la inconstitucionalidad y la nulidad de los apartados 6 c) y 7 del artículo 439, y los apartados 1 y 2 del artículo 655 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introducidos por la disposición final quinta de la LDV, por considerar que esta medida no eran razonable ni proporcional, y que vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva. Aunque el legislador perseguía con estas medidas una finalidad legítima –la protección de personas en situación de vulnerabilidad frente a situaciones de desahucio o pérdida de vivienda–, el Tribunal entendió que los medios empleados no respetaban los principios constitucionales de proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica, y que, además, limitaban indebidamente el acceso a la justicia de los grandes tenedores, vulnerando el artículo 24 de la Constitución Española. En definitiva, se elimina la obligación específica para grandes tenedores de acreditar previamente la vulnerabilidad del inquilino.

En los procesos de desahucio, si se trata de vivienda habitual del demandado, se exige informarle en el decreto de admisión a trámite de la demanda de lo que puede hacer para acreditar la situación de vulnerabilidad ante la Administración. Además se comunicará inmediatamente y de oficio por el juzgado la existencia del procedimiento a las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, a fin

---

(32) TORRES LÓPEZ, A., *Otrosí*. En el mismo sentido FUENTES-LOJO RIUS, A., *Práctica de los Tribunales*.

de que puedan verificar la situación de vulnerabilidad, y de existir esta, presentar al juzgado propuesta de alternativa de vivienda digna en alquiler social a proporcionar por la Administración competente (art. 441.5.1 y 2 LEC).

La introducción de estas nuevas exigencias procedimentales obstaculiza y ralentiza la devolución posesoria a quien es el propietario de una vivienda cuyo arrendatario ha incumplido sus obligaciones y cae en causa de resolución contractual, y permite al arrendatario la permanencia en el inmueble sin pagar la renta y obligando al arrendador a soportar los gastos derivados de la prolongación de la devolución posesoria al propietario del inmueble<sup>(33)</sup>. Por otra parte, si uno de los objetivos de esta reforma es la protección de quienes se hallen en situación de vulnerabilidad social o económica, este fin no justifica la dilación injustificada de los juicios de desahucio que, en definitiva, redundan en inseguridad jurídica, que traerá como consecuencia un retraimiento en la oferta del alquiler de viviendas, contrario al objetivo perseguido por la norma<sup>(34)</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑÉN, M. J., «Problemas que pueden suscitar las modificaciones de los juicios de desahucio, precario, recobrar la posesión, derechos reales inscritos y de la ejecución hipotecaria por la ley 12/2023, de 24 de mayo», *Práctica de Tribunales*, núm. 163, julio 2023.
- BERGER, M., «Carácter abusivo de una cláusula en un contrato de arrendamiento de vivienda concluido entre un arrendador profesional y un arrendatario que actúa con fines privados», *La Ley Unión Europea*, núm. 6, 2013.
- BERNÁRDEZ, M., «Declaradas nulas por abusivas varias cláusulas de un contrato de arrendamiento de vivienda», *Revista Jurídica Pérez-Llorca*, núm. 9, 2023, pp. 98-108. Disponible en: <https://ojs.perezllorca.com/index.php/revista-juridica-perez-llorca/article/view/declaradas-nulas-por-abusivas-varias-clausulas-de-un-contrato-de/declaradas-nulas-por-abusivas-varias-clausulas-de-un-contrato-de> (Consultado el 15 de enero de 2024).
- CALLEJO RODRÍGUEZ, C., «Régimen jurídico aplicable al alquiler y al subarriendo de habitaciones destinados a vivienda permanente», *RCDI*, núm. 799, 2023, pp. 2681-2728.
- COUSO PASCUAL, J. R., «¿Cómo afecta la nueva Ley de vivienda a los propietarios?», *El notario del siglo XXI*, núm. 109, 2023.
- FERRER I RIBA, J., «L'arrendament d'habitatge permanent a Catalunya: notes de prospecció per a un nou marc legal», *Compra-venda, arrendaments i no-*

(33) Como señala MAGRO SERVET, V., *Diario La Ley*, núms. 10295 y 10308, 2023.

(34) TORRES LÓPEZ, A., *Otrosí*.

- ves modalitats d'ús temporal de béns*, Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona (Coord.), Documenta Universitaria, Girona, 2021, pp. 287-357. Disponible en: [https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/21068/DretCivil2021-07-Ferrer\\_Riba.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/21068/DretCivil2021-07-Ferrer_Riba.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (Consultado el 8 de enero de 2024).
- FEU FONTAÑA, P., «El nuevo régimen de prórrogas de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual», *Revista de Derecho vLex*, núm. 239, abril 2024.
- FUENTES-LOJO RIUS, A., «Qüestions pràctiques entorn a l'arrendament de l'habitatge permanente», *Compra-venda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*, Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona (coord.), Documenta Universitari, Girona, 2021, pp. 481-502. Disponible en: [https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/21071/DretCivil2021-10-Fuentes-Lojo\\_Rius.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/21071/DretCivil2021-10-Fuentes-Lojo_Rius.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (Consultado el 19 de diciembre de 2023).
- «La Ley por el Derecho a la vivienda: aspectos arrendaticios y procesales», *AC*, núm. 6, 2023.
  - «Modificaciones en los procesos de desahucio y ejecuciones hipotecarias en la Ley por el derecho a la vivienda», *Práctica de Tribunales*, núm. 163, 2023.
  - «Cuestiones controvertidas sobre la aplicabilidad de los límites en el pacto de la renta en contratos de arrendamiento ubicados en zonas de mercado residencial tensionado», *Diario La Ley*, núm. 10470, 20 de marzo de 2024.
  - «Guía interpretativa sobre el concepto de gran tenedor de viviendas», *Diario La Ley*, núm. 10486, 16 de abril de 2024.
- FUENTES-LOJO RIUS, A. (coord.); CARRASCO PERERA, A.; SALAS ROCA, C.; MOLINA ROIG, E., y CORDOBÉS MILLÁN, E., «Problemática sobre la aplicación de los límites de renta en los arrendamientos de vivienda en zonas de mercado residencial tensionado» (I), *AC*, núm. 4, 2024 y (II), *AC*, núm. 5, 2024.
- GUILARTE GUTIERREZ, V., «Artículo 10. Prórroga del contrato», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Crespo Allue, F. y Guilarte Gutierrez, V. (dirs.), Lex Nova y Thomson Reuters, Valladolid, 2014.
- LOPÉZ SIMÓ, F., «Principales novedades procesales de la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda. Breve análisis crítico», *Diario La Ley*, núm. 10383, 8 de noviembre de 2023.
- MAGRO SERVET, V., «Análisis práctico y sistemático de los aspectos relevantes de la nueva Ley de vivienda 12/2023 de 24 de mayo», *Diario La Ley*, núm. 10295, 26 de mayo de 2023.
- «Remedio ante la Ley 12/2023, de 24 de mayo de vivienda: la constancia en el contrato de arrendamiento de la no vulnerabilidad del arrendatario», *Diario La Ley*, núm. 10308, 15 de junio de 2023.
- MARÍN LÓPEZ, J. J., y COLÁS ESCANDÓN, A., «Artículo 9. Plazo mínimo», en *Comentarios a la Ley de Arrendamiento Urbanos*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.
- MARÍN LÓPEZ, J. J., y COLÁS ESCANDÓN, A., «Artículo 10. Prórroga del contrato», en *Comentarios a la Ley de Arrendamiento Urbanos*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.



- MOLINA ROIG, E., «La durada del contracte», en *Un nou dret d'arrendaments urbans pera Catalunya per a afavorir l'accés a l'habitatge*, Simón Moreno, H., Nasarre Aznar, S. y Molina Roig, E. (coords.), Centree d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2018, pp. 67-82.
- NASARRE AZNAR, S., «El progresivo debilitamiento de la propiedad privada de la vivienda: la regulación catalana del contrato de arrendamiento de temporada y por habitaciones», *Hay Derecho*, 2 de mayo de 2024. Disponible en: <https://www.hayderecho.com/2024/05/02/vivienda-progresivo-debilitamiento/> (Consultado el 2 de mayo de 2024).
- *Los años de la crisis de la vivienda: de las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- PARRA LUCÁN, M. A., «El contrato de arrendamiento urbano», *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, T. III, Yzquierdo Tolsada, M. (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- RALUCA STROIE, I., «Anulación por abusiva de la cláusula penal contenida en un contrato de arrendamiento de vivienda concluido entre un arrendador profesional y un arrendatario que actúa con fines privados», *CESCO*, núm. 7, 2013, pp. 262-264. Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/372/320> (Consultado el 3 de febrero de 2024).
- REBOLLEDO VARELA, A. L., «Cuestiones prácticas actuales de arrendamientos urbanos: últimas tendencias jurisprudenciales», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 22, 2010 (BIB 2010, 271).
- TORRES LÓPEZ, A., «Novedades en los juicios de desahucio tras la nueva Ley por el Derecho a la Vivienda», *Otrosí*, 5 junio 2023. Disponible en: <https://www.otrosi.net/novedades-en-los-juicios-de-desahucio-tras-la-nueva-ley-por-el-derecho-a-la-vivienda/> (Consultado el 15 de marzo de 2024).

## B. LA TENENCIA ARRENDATICIA

### B.2 Intervención del mercado del alquiler. Control de rentas y limitación de garantías

**Elga Molina Roig**

*Doctora en Derecho civil*

*Directora General de Vivienda de Navarra*

*elgamol@msn.com*

**Resumen:** *Se modifica la LAU introduciendo medidas similares a las existentes en otros países europeos con la finalidad de facilitar la asequibilidad y el acceso al mercado de alquiler para el arrendatario. Por un lado, introduciendo una limitación a los precios del alquiler en las zonas declaradas de mercado tensionado y una limitación en la actualización de las rentas de alquiler por la LDV. Y, por otro lado, en 2019 se limitan las garantías adicionales a dos mensualidades de renta, salvo para los contratos de larga duración.*

**Palabras clave:** *–asequibilidad, control de renta, vivienda, arrendamiento, garantías.*

**Abstract:** *The LAU is modified by introducing measures similar to those existing in other European countries with the aim of facilitating affordability and access to the rental market for the tenant. On the one hand, by introducing a limitation on rental prices in areas declared as having a*



*stressed market and a limitation on the updating of rental incomes by the LDV. And, on the other hand, in 2019 the additional guarantees are limited to two monthly rents, except for long-term contracts.*

**Keywords:** *affordability, rent control, housing, leasing, guarantees.*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Los sistemas de control de rentas. 2.1 Evolución histórica del control de rentas en Europa y España. 2.2 Los efectos del sistema de control de rentas. 2.3 La limitación de los precios del alquiler en los contratos de arrendamiento de vivienda en la LDV. 2.3.1 La declaración de zona de mercado de alquiler tensionado. 2.3.2 El concepto de gran tenedor de vivienda. 2.3.3 Las limitaciones en base a las rentas de los contratos anteriores. 2.3.4 Las limitaciones en base a los índices de referencia de precios de alquiler. 2.3.5 El sistema de actualización de las rentas de alquiler. 3. Propuestas de mejora del sistema de control de rentas previsto. 4. La limitación de garantías en el arrendamiento de vivienda. 5. Conclusiones. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

España está a la cola de Europa en cuanto al esfuerzo familiar que deben realizar las familias para pagar la vivienda. Así, en España las familias destinan, de media, el 38,1 % de sus ingresos a pagar el alquiler privado, cuando la media europea está en un 25,1 %.<sup>(1)</sup> Por este motivo, es importante buscar mecanismos que faciliten la asequibilidad de las rentas de alquiler del mercado privado para los arrendatarios, en cumplimiento de la Carta Europea de la Vivienda de 2006, el Informe sobre vivienda social de abril de 2013, la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de junio de 2013, la Nueva agenda Urbana Habitat III de octubre 2016, el Informe de la ONU de diciembre de 2019 y la Declaración de Gijón para garantizar el acceso a una vivienda digna y asequible de 2024 firmada por los ministros de Vivienda y Desarrollo Urbano de la UE.

Los países con altas tasas de alquiler y sistemas de contención de rentas también hacen importantes inversiones en política pública de vivienda para facilitar el pago de las rentas de alquiler a los colectivos más vulnerables, a través de ayudas económicas al pago del alquiler y la concesión de viviendas sociales. Ya que, cabe tener en cuenta que, la obligación de satisfacer el

---

(1) EUROSTAT: Housing cost overburden rate, analysed by tenure status, 2022. Disponible en: Statistics | Eurostat (europa.eu).

derecho a la vivienda es una obligación de los Estados (Resolución del Parlamento Europeo de 11 de junio de 2013)<sup>(2)</sup>. Así, mientras en 2019 España destinó a políticas de vivienda 679 millones, Francia invirtió 35.000 millones de euros en 2019 o los 15.990 millones de euros en 2021. Y aunque en España en 2021 se incrementó el presupuesto en un 368 % (2.250 millones de euros) y hasta los 3.472 millones en 2023,<sup>(3)</sup> esta cifra está muy lejos de las inversiones de la mayoría de países europeos. Además, no se dispone de suficiente vivienda social para cubrir la demanda existente. España actualmente está a la cola de los países europeos en cuanto a vivienda social (3,4 %) muy por debajo de países como Países Bajos 30 %, Austria 24 %, Dinamarca 21 % o Francia 17 %<sup>(4)</sup>.

Contra mayor es la brecha entre los ingresos disponibles y las rentas a pagar por las familias, mayor es el número de personas en situación de riesgo de exclusión residencial y más presupuesto es necesario para luchar contra este problema. De forma, que si se consigue mejorar la asequibilidad del mercado privado de alquiler también se contribuirá a facilitar el acceso a una vivienda de los colectivos más vulnerables, realizando un reparto más eficiente de las ayudas económicas de alquiler y las viviendas sociales. Y para ello, es necesario intervenir el mercado privado de alquiler que permita destinar los recursos públicos disponibles a otro tipo de políticas públicas con costes elevados como la creación de un parque público y social de vivienda suficiente o ayudas y subvenciones destinadas a los colectivos más vulnerables y a la rehabilitación de un parque de viviendas envejecido<sup>(5)</sup>.

La mayoría de países europeos en algún momento han establecido en sus regulaciones algún tipo de control sobre las rentas u otro tipo de limitaciones sobre el pago del depósito inicial del arrendamiento, para facilitar la asequibilidad de las familias y su acceso a la vivienda. Ahora bien, mientras en los países con bajas tasas de alquiler del sureste de Europa (España, Portugal, Malta y Grecia) estas limitaciones se han ido eliminando debido a los efectos negativos que han producido en los mercados; en otros países europeos, que se caracterizan por disponer de altas tasas de alquiler (Alemania, Austria, Suiza, Francia), se han mantenido estas limitaciones, de

---

(2) Así, como las SSTEDH de 9 de octubre de 2007 (JUR 2007\298821, Stankova vs. Eslovaquia), de 24 de abril de 2012 (*Yordonova y otros vs. Bulgaria*, JUR 2012\142849), de 17 de octubre de 2013 (*Winterstein y otros vs. Francia*, JUR 2013\321282) y de 5 de diciembre de 2013 (TEDH 2013\89, Skrtic vs. Croacia). Y en España, por ejemplo, STEDH de 28 de enero de 2014 (TEDH 2014\6, A. M. B. y otros vs. España).

(3) Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023.

(4) Fuente: Observatorio de la Vivienda y el Suelo MIDMA (*Boletín especial Vivienda Social* 2024).

(5) Por ejemplo, en Cataluña el 60 % del parque de viviendas es anterior a 1980, tal y como se recoge en «Cómo renovar un parque de viviendas envejecido y poco eficiente» de la Vanguardia, 29 de septiembre de 2021. Disponible en: [Cómo renovar un parque de viviendas envejecido y poco eficiente \(lavanguardia.com\)](http://Cómo renovar un parque de viviendas envejecido y poco eficiente (lavanguardia.com)).

forma mayoritariamente satisfactoria<sup>(6)</sup>. Además, cada vez son más países los que han decidido aprobar medidas que permitan limitar los precios de alquiler, ya que se ha visto que no existen otras medidas que, a corto plazo, puedan ser igualmente efectivas para contener los precios. Actualmente, disponen de sistemas de control de rentas países como Austria, Alemania, Suiza, Francia, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Italia, Holanda y Suecia o Estados como Nueva York, California u Oregón.

Además, cada vez existe un mayor consenso sobre que la especulación no puede formar parte del mercado de alquiler de vivienda habitual, pues es la forma de acceso a una vivienda de último recurso que, por ende, debe satisfacer el Derecho a la vivienda (art. 47 CE, artículo 25 DUDH, artículo 11.1 PIDESC, artículo 34.3 CDFUE). De forma que, empieza a ser comúnmente aceptado que el arrendador no puede esperar recibir el máximo beneficio posible de las viviendas arrendadas en este mercado de primera necesidad, sin que por ello deba renunciar a recibir un beneficio razonable<sup>(7)</sup>.

Es un paso adelante hacia una nueva regulación de los precios del alquiler que habilita herramientas para mejorar la asequibilidad del sector. Sin embargo, como veremos son muchas las mejoras que pueden realizarse en la norma para acabar de configurar un sistema adecuado y equilibrado. Pues es necesario que exista un cierto consenso o comodidad entre los diferentes agentes que intervienen en este mercado, para que pueda establecerse un cierto equilibrio entre la demanda y la oferta del mercado de alquiler.

Las principales mejoras que se pueden plantear tratarían de afinar el método de cálculo de la renta y regular algunos conceptos indeterminados o lagunas que pueden generar conflicto y litigiosidad entre las partes del contrato. Además, no cabe olvidar que el contrato de arrendamiento debe asegurar no solo la asequibilidad del arrendatario, sino que hay otros aspectos del contrato que también deberían reformularse para que el alquiler sea una alternativa real al régimen de propiedad.

## 2. LOS SISTEMAS DE CONTROL DE RENTAS

### 2.1 Evolución histórica del control de rentas en Europa y España

El control de rentas ha sido uno de los instrumentos más utilizados en las políticas de vivienda del siglo xx tanto en Europa como en Estados

(6) Para más detalle, véase MOLINA ROIG, E., 2018, pp. 333 ss.

(7) En este sentido, se pronuncia el STC alemán de 18 de julio de 2019 (BVL 1\18).

Unidos, especialmente en etapas inflacionistas y en periodos de entreguerras, para evitar la especulación y facilitar la permanencia de los arrendatarios en las viviendas arrendadas.<sup>(8)</sup>

En la actualidad, la mayoría de los países europeos que pretenden estabilizar las rentas disponen tanto de un sistema libre como regulado de renta (Austria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Alemania, Italia, Portugal). Además, estos sistemas pueden referirse tanto a las rentas iniciales como a su actualización. Y aunque son diferentes sistemas los que pueden adoptarse para estabilizar la renta, el *Mietspiegel* alemán, diseñado para la ciudad de Berlín, se ha considerado el sistema más completo y preciso. Este sistema alemán ha funcionado con éxito ya que a pesar de ser voluntario hasta el año 2015, el 90 % de los alquileres en Berlín se han formalizado sujetos a este sistema que viene funcionando desde la década de los setenta<sup>(9)</sup>.

En Alemania se utiliza la «lista experta de rentas de alquiler representativas» (*Qualifizierter Mietspiegel*, § 558d BGB) y su función es fijar los precios de alquiler de acuerdo a las características de la vivienda y su ubicación.

Los sistemas de renta referenciada en Alemania han sido voluntarios hasta 2015, cuando se aprobó el *Mietpreisbremse*, (§ 556d BGB) que aplica el índice con carácter obligatorio en las zonas declaradas de mercado tenso. Ahora bien, parece que el *Mietpreisbremse* no funcionaba adecuadamente, especialmente debido a sus importantes excepciones, de manera que no consiguió contener los precios en ciudades como Múnich y Berlín<sup>(10)</sup>. Por este motivo, para conseguir realmente contener los precios en Berlín, el gobierno aprobó una congelación de rentas de alquiler que afectaba a 1,6 millones de viviendas a partir de enero de 2020. Sin embargo, fue declarada inconstitucional por temas competenciales por el Tribunal Constitucional alemán el 25 de marzo de 2021.<sup>(11)</sup>

En 2014 Francia aprobó la Ley ALUR<sup>(12)</sup>, aplicable actualmente por la Ley ELAN de 2018<sup>(13)</sup>, con el propósito de limitar las rentas iniciales pactadas en los contratos y los incrementos de renta que estos experimentan<sup>(14)</sup>, y con ello evitar la exclusión social de los hogares en ciertas zonas

(8) TRILLA BELLART, C., 2001, p. 114.

(9) SCANLON, K.; FERNANDEZ, M., y WHITEHEAD, C., «Get Living London», p. 10.

(10) NOACK, B., 2017, pp. 77 ss.

(11) Disponible en: [https://elpais.com/economia/2019/06/18/actualidad/1560878482\\_152610.html](https://elpais.com/economia/2019/06/18/actualidad/1560878482_152610.html).

(12) Ley núm. 366/2014 de 24 de marzo 2014 por el acceso a la planificación de viviendas y la renovación (NOR: ETLX1313501L).

(13) Ley 2018/1021 sobre la evolución de la vivienda, la planificación y la comunicación digital. (*Loi 2018/1021 portant evolution du logement, de l'aménagement et du numérique*).

(14) Véase MOLINA ROIG, E., y XERRI, K., CEFLEGAL, p. 59-62.

debido a unos costes de vivienda inasumibles<sup>(15)</sup>. Para ello, establece una renta máxima permitida, que no puede superar un 20 % de la renta media establecida, y una renta mínima permitida, que no puede ser inferior a un 30 % de la renta media establecida. Aunque en 2012, con el Decreto Dufflot<sup>(16)</sup> ya se establecía que las rentas residenciales, en las zonas con aglomeración, solo podían incrementarse anualmente de acuerdo al IRL (que equivale al IPC del INE), excepto que el arrendador hubiera efectuado mejoras en la vivienda arrendada.

El desequilibrio natural que existe entre la posición de las partes en el contrato de arrendamiento, de acuerdo a la divergencia en sus intereses y a la posición de debilidad del arrendatario, ha reclamado un intervencionismo por parte del Estado español para paliar el régimen liberal recogido en el Código civil 1889 (en adelante CC). Es por ello, que la LAU se ha modificado sucesivamente a lo largo de la historia (1964, 1985, 1994, 2013, 2015, 2019, 2023), con un efecto pendular<sup>(17)</sup>, de forma que cuando se protege en exceso al arrendatario en detrimento del arrendador, posteriormente se reajusta ofreciendo beneficios a favor del arrendador para paliar la merma del derecho de propiedad y los efectos que ha causado en el mercado de alquiler. La duración del contrato, las causas de resolución y la fijación de la renta son los elementos que se han modificado sucesivamente y de forma pendular porque son determinantes para poder garantizar la estabilidad del arrendatario, y la satisfacción de su necesidad de vivienda. No obstante, estos elementos, dada su importancia, influyen sensiblemente en la oferta y demanda del mercado de vivienda, de forma que un excesivo intervencionismo influye negativamente en disponer de un parque de viviendas suficiente, y a su vez, el liberalismo puede colocar al arrendatario en una situación de precariedad y ver insatisfecho su derecho a una vivienda digna y adecuada del artículo 47 CE, como ha reflejado la evolución histórica de la regulación del arrendamiento urbano.

En España desde los años veinte se instauró un sistema de congelación de rentas y prórroga forzosa, que se mantuvo con la entrada en vigor de la LAU 1964, hasta la aprobación del RD 1985. Esto desincentivo la oferta de viviendas de alquiler en el mercado, ya que los propietarios preferían vender sus propiedades que arrendarlas. Esto sucedió porque a pesar de que el artículo 96 establecida un régimen de revalorización de rentas para los contratos anteriores a 30 de junio de 1964, éste resul-

---

(15) DUFFLOT, C., 2014. Transcripción disponible en: [http://www.senat.fr/seances/s201402/s20140220/s20140220\\_mono.html](http://www.senat.fr/seances/s201402/s20140220/s20140220_mono.html).

(16) Decreto núm. 2012/894 de 20 de julio 2012 en relación con la evolución de los arriendos, hecha conforme al artículo 18 de la Ley Núm. 89-462 de 6 de julio, de 1989 (Decreto Dufflot, Francia, JORF n°0168 de 21 de julio 2012 p. 11956 texto núm. 8).

(17) NASARRE AZNAR, S.; GARCIA, M. O., y XERRI, K., *Revista Teoría y Derecho*, pp. 194.

to ineficiente para adecuar las rentas a la realidad del mercado, ya que se aplicaba sobre rentas muy devaluadas por la inflación, ya que llevaban congeladas prácticamente cuarenta años. Además, el Gobierno nunca aplicó el artículo 100 LAU 1964, que establecía la obligación de revisar y adaptar cada dos años las rentas de los contratos posteriores a la entrada en vigor de la LAU 1964, sin que ello supusiera un incumplimiento de mandato.<sup>(18)</sup>

No es hasta el año 2019 que se vuelven a limitar las rentas iniciales de los contratos de alquiler con la aprobación del RDL 9/2019 en Catalunya, aunque éste no llegó a convalidarse por el Parlamento catalán. Fue la Ley 11/2020, la que por primera vez permite la aplicación de un sistema que limita las rentas iniciales del contrato de arrendamiento de vivienda habitual y permanente en Catalunya, basado básicamente mediante dos sistemas diferentes. Por un lado, el mantenimiento de los precios en base a las rentas de los contratos anteriores, permitiéndose su actualización. Y, por otro lado, en base a un índice de referencia de precios de alquiler similar al *Mietpiegel* alemán. Y distinguiendo también entre los arrendadores que eran grandes tenedores de vivienda y los que no. Este régimen estuvo vigente 18 meses, puesto que se declaró inconstitucional,<sup>(19)</sup> por motivos competenciales considerando que la regulación del precio del alquiler afecta a la «planificación general de la actividad económica» que se reconoce como competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.13 CE), y que cualquier régimen autonómico debe respetar las bases de las obligaciones contractuales fijadas por el Estado (art. 149.1.8 CE).

Es por este motivo, tras el acuerdo de gobierno de 2019, se aprueba la LVD que sienta las bases legales sobre las que debe sustentarse cualquier sistema de control de precios que las comunidades autónomas quieran adoptar tras su entrada en vigor el 26 de mayo de 2023.

## 2.2 Los efectos del sistema de control de rentas

El control de renta se ha utilizado como medida de política económica en las legislaciones de numerosos países de economía de mercado y ha perseguido objetivos que van más allá de los fines específicos que puedan conseguirse en aras de la política de vivienda, ya que produce importantes efectos tanto en el ámbito de la asignación de recursos como en la distribución

(18) SSTs de 6 de noviembre de 1984 (RJ 1984\5758) y de 29 de mayo de 2000 (RJ 2000\6551).

(19) STC 38/2022, de 11 de marzo de 2024 (BOE de 8 de abril de 2022 número 84).



del bienestar<sup>(20)</sup>. Los efectos que puedan producirse afectan directamente a la economía del país, y de forma sustancial al mercado de alquiler.

Para poder determinar el régimen jurídico que regule un sistema de control de rentas en la legislación arrendaticia de un determinado país es necesario conocer los posibles efectos que ésta puede generar en el mercado. A la vez, servirá para conocer las distintas políticas que deben adoptarse para contrarrestar los efectos adversos que pueden darse en el mercado al adoptar una política intervencionista de este tipo.

En la Tabla 1 recogemos los aspectos positivos y negativos que la doctrina ha predicado de los sistemas de control de rentas y que deberían servir para orientar las políticas de vivienda a adoptar por las comunidades autónomas en los planes de medidas, que deben acompañar a las declaraciones de zonas de mercado residencial tensionado que dicten, para contrarrestar los posibles efectos adversos de esta política intervencionista del mercado.

**Tabla 1. Posibles efectos sobre el control de renta**

| Efectos positivos                                                                                                                              | Efectos negativos                                                                                                                                                                                                                         |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Transparencia en el mercado: mejora la información sobre los precios del mercado de alquiler para las instituciones y las partes del contrato. | La disposición de una vivienda con renta controlada reducen la movilidad del arrendatario hacia sistemas con rentas más elevadas (para mantener la vivienda pueden rechazarse ofertas laborales que impliquen desplazamiento geográfico). |
| No implica un desembolso presupuestario por parte del Estado, ni un coste elevado para el propietario.                                         | Disminución de la calidad de las viviendas.                                                                                                                                                                                               |
| Evitar la explotación del poder de mercado del propietario <sup>(21)</sup> .                                                                   | Los límites a la renta pueden reducir la rentabilidad para el propietario y las inversiones en la vivienda, si no pueden repercutirse al arrendatario.                                                                                    |
| Mejora la distribución de la renta (transferencia de ingresos de arrendadores a arrendatarios) <sup>(22)</sup> .                               | Desafección del alquiler hacia la propiedad.                                                                                                                                                                                              |

(20) PAREJA EASTAWAY, M., y SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. T., *Revista Galega de Economía*, p. 8.

(21) El propietario puede disfrutar de un poder monopolístico frente al arrendatario cuando no existe un control sobre la renta. Por ejemplo, si el arrendatario tiene un apego a la vivienda, aquél podrá aumentar el precio de la vivienda considerablemente y éste normalmente lo satisfará si está dentro de sus posibilidades para poder mantenerse en la vivienda arrendada, aunque el precio sea excesivo de acuerdo a los precios de mercado. Así lo recoge HAFNER, M; ELSINGA, M., y HOEKSTRA, J., *European Journal of Housing Policy*, p. 4.

(22) Véase PAREJA EASTAWAY, M., y SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. T., *Revista Galega de Economía*, p. 8, reconoce los elementos esenciales en los que revierte el control de renta, tanto positivos (distribución de renta, estabilidad de los precios, seguridad en la tenencia) como negativos (rentabilidad, calidad, selección inquilinos, operadores inmobiliarios).



| Efectos positivos                                                                                                                                        | Efectos negativos                                                                                                                     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Favorece la asequibilidad y el acceso al mercado de alquiler privado de los inquilinos.                                                                  | Reducción del volumen de oferta y construcción de vivienda en alquiler.                                                               |
| Aumenta la estabilidad en los precios.                                                                                                                   | Puede conducir a una selección de los inquilinos y una reducción del plazo de duración de los contratos de alquiler <sup>(23)</sup> . |
| Aumenta la seguridad en la tenencia de los inquilinos.                                                                                                   | Disminución de los operadores especializados en vivienda.                                                                             |
| Aumenta la demanda del mercado de alquiler privado.                                                                                                      | Desequilibrio del mercado: exceso de demanda de inquilinos, por encima de la oferta.                                                  |
| Mejora de la imagen y popularidad del mercado de alquiler, que puede tener efectos positivos para el propietario <sup>(24)</sup> .                       | Favorece la aparición de mercado negro si hay inquilinos que están dispuestos a pagar más de lo estipulado.                           |
| Si desaparece el control de rentas y los precios aumentan, aumenta el riesgo de impago y la prima de riesgo para recuperar la vivienda <sup>(25)</sup> . | Puede producirse una infrutilización del espacio construido.                                                                          |

### 2.3 La limitación de los precios del alquiler en los contratos de arrendamiento de vivienda en la LDV

La Disposición final primera de la LDV modifica la LAU para regular las rentas iniciales de los contratos de alquiler de vivienda habitual y permanente en las zonas declaradas de mercado residencial tensionado por las administraciones competentes, según el artículo 18 de la LDV. Esta regulación distingue fundamentalmente entre si la vivienda se ha arrendado o no en los últimos cinco años y si el arrendador es considerado un gran tenedor de vivienda o no.

Cabe tener en cuenta que esta regulación es aplicable a los nuevos contratos de arrendamiento de vivienda habitual y permanente, sometidos al Título II de la LAU que se formalicen a partir de la entrada en vigor de la declaración de mercado residencial tensionado.

(23) *Ibid.* Normalmente el arrendador obtiene más beneficios durante los primeros años de contrato que en el resto, por lo que es probable que busque arrendatarios que, por sus características demográficas e ingresos disponibles, permanezcan menos tiempo en la vivienda.

(24) HAFFNER, M.; ELSINGA, M., y HOEKSTRA, J., *ENHR* 2007, p. 15.

(25) Tal y como recoge LÓPEZ GARCÍA, M. A., *Revista de Economía Aplicada* Número 3, p. 67, contra más alto es el precio que debe pagarse para recuperar la vivienda, mayores serán las primas al riesgo que se incorporarán a las tasas de rendimiento sobre el capital invertido en vivienda de alquiler. El encarecimiento de la recuperación de la vivienda también acaba repercutiendo en el precio final del alquiler de la misma.

Para poder explicar el régimen que regula las limitaciones de las rentas de los contratos de arrendamiento de vivienda en la LAU, primero es necesario hacer referencia a la declaración de zona de mercado residencial tensionado y al concepto de gran tenedor de vivienda.

### 2.3.1 *La declaración de zona de mercado de alquiler tensionado*

El artículo 18 LDV regula la posibilidad de que las Administraciones competentes en materia de vivienda puedan declarar zonas de mercado residencial tensionado para orientar y establecer políticas de vivienda y, en concreto poder aplicar las medidas que se regulan en la Disposición final primera de la norma. Por lo tanto, esta declaración de zona de mercado tensionado se prevé como una potestad de las comunidades autónomas que ostentan la competencia exclusiva en materia de vivienda según el artículo 148.1.13 CE. Para poder formular esta declaración, que tendrá una vigencia inicial de tres años prorrogables (art. 18.2.d), deberá realizarse un procedimiento preparatorio dirigido a la obtención de la información que justifique la situación de mercado residencial tensionado, un trámite de información pública, la redacción de una memoria fundamentada con datos objetivos y un plan específico que proponga las medidas para la corrección de los desequilibrios evidenciados en la declaración con un calendario de desarrollo para los tres años. Además, el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda urbana podrá desarrollar un programa específico para estimular la oferta de vivienda asequible en colaboración con las comunidades autónomas, adoptar medidas de financiación para favorecer la contención o reducción de los precios y establecer ayudas u otras medidas adicionales.

La declaración de zona de mercado residencial tensionado podrá declararse en aquellos ámbitos territoriales en los que exista un especial riesgo de oferta insuficiente de vivienda para la población, que conlleven que el acceso a la vivienda sea inasequible. Para ello, deberá justificarse que la zona declarada cumple los siguientes dos requisitos: «a) Que la carga media del coste de la hipoteca o del alquiler en el presupuesto personal o de la unidad de convivencia, más los gastos y suministros básicos, supere el treinta por ciento de los ingresos medios o de la renta media de los hogares. Y b) que el precio de compra o alquiler de la vivienda haya experimentado en los cinco años anteriores a la declaración como área de mercado de vivienda tensionado, un porcentaje de crecimiento acumulado al menos cinco puntos porcentuales superior al porcentaje de crecimiento acumulado del índice de precios de consumo de la comunidad autónoma correspondiente».

En este sentido, considero adecuado que las medidas que recoge la LDV para contener las rentas del mercado privado de alquiler sean tem-

porales y excepcionales, y se circunscriban a la realidad social y económica de cada municipio, de forma que sea necesario declarar previamente las zonas de mercado residencial tensionado en función de los incrementos que experimenten los precios del alquiler. Dado que no en todos los municipios se ha experimentado el mismo crecimiento de los precios de alquiler ni existe un problema de oferta de vivienda asequible. Sin embargo, como la competencia recae sobre la Comunidad autónoma, puede suceder que, por falta de voluntad de la misma, no se formalice la declaración en los municipios donde realmente existe un problema de oferta de viviendas de alquiler a precios asequibles y el mercado se encuentra fuertemente tensionado por el crecimiento de estos precios.

Actualmente la limitación de precios está vigente en Cataluña, a partir del 16 de marzo de 2024 en 141 municipios declarados zona de mercado residencial tensionado y otros 131 municipios a partir del 10 de octubre de 2024. Y en el País Vasco, el municipio de Errenteria des del 31 de enero de 2025 y Irun, Barakaldo, Zumaia y Lasarte-Oria des del 1 de mayo de 2025<sup>(26)</sup>. Actualmente, Navarra ha iniciado el proceso de declaración de 21 municipios que abarcan más del 68% de la población, y se prevé que se dicte la orden foral de declaración durante el mes de mayo de 2025.

### 2.3.2 *El concepto de gran tenedor de vivienda*

El gran tenedor, de acuerdo con la definición recogida en el artículo 3 LVD, es la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m<sup>2</sup> de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros. Sorprende, que en este caso no se excepciona a los propietarios de viviendas sociales, como sí se reconoce en Cataluña, medida que me parece más acertada y proporcional. Así, el artículo 5.9.b de la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética excepciona de considerarse gran tenedor a los promotores sociales, a las personas jurídicas que tengan más de un 15 % de la superficie habitable de la propiedad calificada como viviendas de protección oficial destinadas a alquiler y a las entidades privadas sin ánimo de lucro que proveen de vivienda a personas y familias en situación de vulnerabilidad residencial.<sup>(27)</sup>

---

(26) Las zonas de mercado residencial tensionado declaradas pueden consultarse actualizadas en <https://www.mivau.gob.es/vivienda/alquila-bien-es-tu-derecho/serpavi/consultar-zonas-de-mercado-residencial-tensionado>.

(27) MOLINA ROIG, E., AC., p. 8.

Ahora bien, el artículo 19 permite incorporar criterios adicionales a la definición de grandes tenedores en la declaración de zona de mercado tensionado, acorde a la realidad y características de la zona. Así, esta norma permite reducir el número de propiedades que deber tener un gran tenedor de vivienda a cinco titularidades, aunque se circunscribe al ámbito de la declaración. Aunque la norma no establece el ámbito territorial concreto que debe comprender la declaración, cuando se reguló en Cataluña se estableció por municipios, pero el ámbito de la declaración se ha extendido a todo el territorio declarado en Cataluña. En este caso, aunque esta norma parece que endurece el concepto de gran tenedor, esto solo será así para aquellos que concentren este patrimonio inmobiliario en el ámbito al que se circunscriba tal declaración. Por ejemplo, en Cataluña, al igual que Navarra, la declaración de zona de mercado residencial tensionado establece que será gran tenedor de vivienda el titular de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en la zona declarada de mercado residencial tensionado, en este caso la memoria justificativa ya específica, que esta declaración comprende los 140 municipios declarados como tensionados. Además, en Cataluña se excepciona la aplicación de esta norma a los promotores sociales regulados en el artículo 51.2 a y b Ley 18/2007. Esta regulación comprende al Instituto Catalán del Suelo, los ayuntamientos, las sociedades y patronatos municipales de viviendas, las cooperativas de viviendas y las entidades urbanísticas especiales. Y a los promotores privados de viviendas y las entidades sin ánimo de lucro dedicadas a la promoción de viviendas que tengan por objeto social y como objeto de su actividad efectiva la promoción de viviendas de protección oficial destinadas a alquiler, la gestión y explotación de dicho tipo de viviendas en casos de constitución de derecho de superficie o de concesión administrativa o la promoción de viviendas de protección oficial destinadas, en régimen de venta, a los beneficiarios con ingresos más bajos.

En definitiva, cabe tener en cuenta que cada comunidad autónoma podrá decidir si amplía la definición de gran tenedor en cuanto a la regulación de las limitaciones de precios de alquiler, y en todo caso, será complementaria de la regulación estatal. De forma que, en el caso de Cataluña se considera gran tenedor de vivienda al que cumple cualquiera de los requisitos anteriormente explicados.

Uno de los principales problemas que presentan estas definiciones son las numerosas lagunas legales que han quedado sin resolver como, por ejemplo, si computa la titularidad de una cuota indivisa o si afecta a una comunidad de bienes o si computan los derechos reales.<sup>(28)</sup> En este sentido, se han pronunciado los jueces de primera instancia de Barcelona

---

(28) FUENTES LOJO RIUS, A., Diario LA LEY.

estableciendo unos criterios orientadores<sup>(29)</sup> que, aunque no son vinculantes para el resto de juzgados, pretender dar una respuesta a alguna de las lagunas existentes. A modo de resumen, podemos decir que en su opinión computan los derechos reales con facultad de uso y disfrute, que permiten realizar actos de disposición, como es el caso del usufructo. Además, computaran las fincas identificadas en el Registro de la Propiedad, según criterios registrales y no catastrales o físicos. Y si no existe división horizontal, computa como una finca. En caso de titularidades compartidas, se incluyen en el cómputo las propiedades, de una parte alícuota superior al 50 %. Ahora bien, para el cómputo de los 1.500 metros cuadrados, se incluye cualquier cuota de participación sobre una finca. Además, consideran que para acreditar esta condición es suficiente con una nota del Servicio de Índices del Registro de la Propiedad.

En este sentido, para dar seguridad jurídica al mercado, Navarra ha incluido estas particularidades en la memoria justificativa de la declaración.

### 2.3.3 *Las limitaciones en base a las rentas de los contratos anteriores*

Los límites de precio que se aplican a los nuevos contratos de arrendamiento de viviendas arrendadas en los últimos cinco años están regulados en el artículo 17.6 LAU. Así, se establece que el precio de estos contratos no podrá superar «la última renta del contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, una vez aplicada la cláusula de actualización anual de la renta del contrato anterior, sin que se puedan fijar nuevas condiciones que establezcan la repercusión al arrendatario de cuotas o gastos que no estuviesen recogidas en el contrato anterior». Además, se permite incrementar un 10 % sobre la última renta en determinados supuestos, en los que se hayan realizado obras de rehabilitación, accesibilidad, mejora en la eficiencia energética durante los dos últimos años o los contrato duren diez o más años, incluidas las prórrogas. Y, en todo caso, se permite que la renta pactada pueda seguir actualizándose anualmente en los términos fijados en el artículo 18 LAU, si así se pactó en el contrato.

Respecto a las obras de rehabilitación que el arrendador debe llevar a cabo para poder incrementar la renta hasta un 10 %, la norma se remite al artículo 41.1 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se

---

(29) Disponibles en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Cataluna/Oficina-de-Comunicacion/Archivo-de-notas-de-prensa/Los-juzgados-de-Primera-Instancia-de-Barcelona-establecen-criterios-en-la-aplicacion-de-las-recientes-normas-procesales-en-materia-de-vivienda>.

aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero.<sup>(30)</sup> De forma que es necesario que estas obras se correspondan con las actuaciones subvencionadas que se regulan en el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016<sup>(31)</sup> o «que tengan por objeto principal la reconstrucción de la vivienda mediante la consolidación y el tratamiento de las estructuras, fachadas o cubiertas y otras análogas siempre que el coste global de las operaciones de rehabilitación exceda del 25 por ciento del precio de adquisición si se hubiese efectuado ésta durante los dos años inmediatamente anteriores al inicio de las obras de rehabilitación o, en otro caso, del valor de mercado que tuviera la vivienda en el momento de dicho inicio. A estos efectos, se descontará del precio de adquisición o del valor de mercado de la vivienda la parte proporcional correspondiente al suelo».

En mi opinión, la redacción del artículo 17.6 LAU no es acertada, pues esta regulación plantea serias dudas sobre su aplicación, que dificulta que las partes del contrato puedan conocer fácilmente cual es la renta a aplicar.

Por un lado, existen discrepancias jurídicas<sup>(32)</sup> sobre si hay que tomar como referencia la renta pactada en el contrato anterior o bien la última renta exigible en el momento de extinción de dicho contrato y si la actualización a aplicar es la que se haya pactado en el contrato o hay que estar a las limitaciones en la actualización de la renta previstas en el artículo 46 del Real Decreto-ley 6/2022. En este sentido, considero que el artículo 17.6 LAU se está refiriendo a la última renta exigible, de acuerdo a una interpretación literal, pues la palabra «última» se refiere al contrato, sistemática y acorde con la voluntad del legislador y la finalidad de la norma, dado que permite que la renta no quede desactualizada, incluso si en el contrato anterior no se ha previsto la actualización de la renta. Lo mismo sucede respecto a cómo debe actualizarse la renta inicial del contrato. Actualización a la que, en mi opinión, deben aplicarse los términos establecidos en el contrato, y no los límites contemplados en el artículo 46 del RDL 6/2022 y artículo 18 LAU, en este último caso, siempre que dicha cláusula contractual no pueda declararse nula por ser contraria a dicho precepto.

Por otro lado, también se plantea la duda de que sucede con los contratos si la limitación en el pacto de la renta, prevista en el artículo 17.6 de la LAU, opera cuando el contrato de arrendamiento de vivienda habitual que

(30) BOE núm. 78, de 31/03/2007.

(31) BOE núm. 86, de 10 de abril de 2013.

(32) SALA ROCA, C.; CARRASCO PEREA, A.; CORDOBÉS MILLÁN, E., y MOLINA ROIG, E., AC, pp. 4 ss.

hubiese estado vigente durante los últimos cinco años es un contrato de renta antigua, sujeto al Decreto Ley Boyer de 1985 o la LAU 1964, un contrato de alquiler social de la Ley 24/2015 catalana, o un contrato que hubiera estado sujeto a un régimen de protección oficial pero hubiera perdido vigencia dicha protección, pues la letra de la norma no establece excepciones. Y aunque en Cataluña la memoria justificativa de la Resolución TER/2940/2023, declaró que este límite no era de aplicación en estos casos, siendo aplicable en su lugar el límite del artículo 17.7 de la LAU, esta previsión se eliminó en la nueva memoria de la Resolución TER/800/2024, que modificó y dejó sin efecto la Resolución anterior. En este sentido, parece que existe un mayor consenso doctrinal al considerar que los regímenes anteriores regulados en las Disposiciones transitorias de la LAU no deben someterse a esta regulación. Sin embargo, en mi opinión no sucede lo mismo con el resto de contratos mencionados, siempre y cuando el contrato anterior hubiera estado sometido al Título II de la LAU.<sup>(33)</sup>

Respecto a los gastos a repercutir al arrendatario parte de la doctrina<sup>(34)</sup> considera que cuando la Ley hace referencia a las «cuotas y gastos» no se incluyen los tributos, y por lo tanto, podrían repercutirse con independencia de que no esté pactado así en el contrato anterior. En mi opinión, esto no es posible pues no parece que fuera la voluntad del legislador, quien, al establecer esta precisión de forma tan genérica, refiriéndose a gastos, lo que pretendía era incluir cualquier coste no individualizable (comunidad, IBI, seguros). Y así, dar cumplimiento a la finalidad de la norma, que es favorecer la asequibilidad del alquiler y evitar la subida abusiva que el coste de la vivienda representa para el arrendatario.

Además, cuando se afecta exclusivamente a los nuevos contratos de arrendamiento, se plantea que sucede con los contratos sometidos a tácita reconducción o que se prorrogan mediante acuerdos voluntarios que comportan incrementos de renta.

En este caso, considero que los contratos de arrendamiento de vivienda que se renueven por tácita reconducción (art. 1566 y 1581 CC), a partir de la entrada en vigor de la LDV deberían quedar sometidos a sus normas pues, de acuerdo, a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>(35)</sup> nace un nuevo contrato. Lo mismo sucede cuando se prórroga el contrato existente por un pacto entre las partes que comporta un incremento de renta acusado, es decir, desproporcionado respecto al aumento de los costes de la vida desde que se firmó el contrato de arrendamiento y, que esta variación del precio se pueda justificar objetivamente. En este

---

(33) Para más detalle véase, SALA ROCA, C.; CARRASCO PEREA, A.; CORDOBÉS MILLÁN, E., y MOLINA ROIG, E., AC., pp. 4 ss.

(34) *Ibid.*

(35) SSTs de 14 de junio de 1984, de 21 de febrero de 1985 y de 26 de septiembre de 2018.



caso, existe *animus novandi*, pues estamos ante un cambio sustancial del objeto del contrato, totalmente incompatible con la obligación inicial, lo que dará lugar a la extinción del contrato anterior y al nacimiento de un nuevo contrato, al que debe aplicarse la nueva normativa sobre arrendamientos urbanos vigente en el momento en que se produce el incremento de renta. Sin embargo, sería conveniente que se incluyera esta precisión en la norma, para evitar conflictos entre las partes en su aplicación, como realizaba la Disposición transitoria de la Ley 11/2020 en Cataluña al establecer que «en caso de novación del contrato con posterioridad a la declaración del área como área con mercado de vivienda tenso, siempre que suponga una ampliación de la duración del contrato o una modificación de la renta, se aplicará lo establecido en la presente ley». Además, sería conveniente que la norma hiciera mención expresa también a la tácita reconducción y así incluir la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

#### 2.3.4 *Las limitaciones en base a los índices de referencia de precios de alquiler*

El artículo 17.7 LAU establece que la renta pactada al inicio del nuevo contrato de arrendamiento de vivienda habitual y permanente no podrá exceder del límite máximo del precio aplicable conforme al sistema de índices de precios de referencia atendiendo a las condiciones y características de la vivienda arrendada y del edificio en que se ubique. Sin embargo, teniendo en cuenta que este artículo establece que este régimen se aplicara sin perjuicio del artículo 17.6 LAU. En el caso que el arrendador sea un gran tenedor y la vivienda se haya arrendado en los últimos cinco años, la renta inicial del contrato estará sujeta a dos límites. Por un lado, la renta del último contrato suscrito en la vivienda a arrendar en los términos explicados en el apartado anterior y, por otro lado, el índice de precios de referencia establecido para la vivienda arrendada de acuerdo a sus características y ubicación. En consecuencia, la renta inicial máxima que podrá pactarse en el nuevo contrato de arrendamiento será el precio más bajo que resulte de entre estos dos límites establecidos.

En cambio, cuando la vivienda se arriende por primera vez en el mercado de arrendamiento habrá que distinguir nuevamente si estamos ante un arrendador gran tenedor o no. En el caso que sea un gran tenedor de vivienda, este contrato de arrendamiento estará limitado únicamente por el índice de referencia de precios de alquiler establecido para dicha vivienda. En el caso, que el arrendador no sea gran tenedor la LVD no establece ninguna limitación a la renta inicial del contrato. Sin embargo, permite a la comunidad autónoma limitar la renta en base a este índice de precios de referencia de

alquiler en la declaración de zona de mercado residencial tensionado. Así, lo han hecho Cataluña y Navarra en la memoria justificativa de su declaración. Por lo tanto, también operará este límite para los contratos suscritos por arrendadores que no son considerados grandes tenedores de vivienda.

El índice estatal de precios de referencia de alquiler, puesto en marcha desde el 27 de febrero de 2024, es una herramienta que opera a nivel estatal y permite conocer y, en su caso, controlar los precios del mercado de alquiler. En todo caso, esta nueva aplicación tiene el objeto de ofrecer más transparencia y conocimiento del mercado del alquiler de vivienda y servir de base para favorecer el incremento de la oferta de vivienda a precios asequibles, aportando asimismo seguridad jurídica para facilitar la aplicación de las políticas públicas que faciliten el acceso a la vivienda en alquiler a precios asequibles.

Este índice es homogéneo para el conjunto del país, ya que operará para todo el Estado y, por lo tanto, servirá para cualquier CCAA. La nueva aplicación del sistema estatal está basada en una detallada metodología que permite establecer un rango de valores de referencia del precio del alquiler de viviendas, fijando una horquilla conformada por un valor inferior y uno superior, en la que se entiende que debe situarse de manera orientativa. Así, permite conocer el rango de valores de alquiler de vivienda, como referencia a título orientativo, para la fijación de la renta en los nuevos contratos de arrendamiento de vivienda. La nueva aplicación del Sistema Estatal de Referencia de Precios de Alquiler de Vivienda es accesible a través del portal del Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana en el enlace <https://serpavi.mivau.gob.es/>.

Cabe tener en cuenta que a las viviendas que no se encuentran en zonas de mercado residencial tensionado no se les aplican las medidas de contención de precios introducidas por la LDV y, en consecuencia, el rango de valores de referencia obtenido mediante esta nueva aplicación del sistema estatal tendrá únicamente carácter informativo, por lo que la renta en los nuevos contratos será la que libremente estipulada las partes. Para que los límites de precio de alquiler entren en funcionamiento es necesario que la CCAA primero, declare las zonas de mercado residencial tensionado y, en segundo lugar, se publique la Resolución ministerial con la relación de declaraciones de zonas de mercado residencial tensionado en el *BOE*.

En el caso de Cataluña, en la primera Resolución TER/2940/2023 que realizaba la declaración de zona de mercado residencial tensionado pretendía evitar la aplicación del límite regulado en el artículo 17.6 LAU en base a la renta del contrato anterior, en aquellos casos en los que estas rentas anteriores eran bastante inferiores a las de mercado. Así, sometía

los nuevos contratos exclusivamente a la aplicación del índice de precios de referencia de alquiler en los siguientes supuestos:

– Cuando y el nuevo contrato de alquiler de la vivienda ubicada en una de estas zonas tensionadas, no hayan sido arrendado en los últimos cinco años, aunque el arrendador no sea un gran tenedor de vivienda.

– Para los nuevos contratos de alquiler de viviendas habituales, las cuales han sido arrendadas en los últimos cinco años, la memoria elaborada por la Generalitat de Catalunya, establece que se aplicara el índice de referencia de precios de alquiler, en los siguientes supuestos:

- En los contratos formalizados antes del 1 de enero de 1995.
- Cuando el contrato anterior se hubiera suscrito con finalidades sociales. Por ejemplo, programas públicos o viviendas del Fondo de alquiler social o análogos.
- Cuando el contrato anterior al finalizar tenga una renta mensual un 25% inferior a la establecida en base al índice.
- Las viviendas de protección oficial, que pierden su calificación antes de la firma del nuevo contrato.

Sin embargo, para que pudiera entrar en vigor la normativa mediante la Resolución trimestral emitida por el MIDMA, la Generalitat de Cataluña tuvo que eliminar estas limitaciones en la Resolución TER/800/2024. De forma, que actualmente solo las viviendas unifamiliares y las de obra nueva o totalmente rehabilitadas son las que disponen de renta libremente pactada por las partes, durante los cinco primeros años desde la obtención de la licencia de primera ocupación, ya que así lo establece su metodología. Ahora bien, en el caso que se formalice un segundo contrato de arrendamiento durante este período, la renta pactada en este nuevo contrato sí se encontrara limitada en base al precio pactado en el contrato anterior en los términos explicados en el apartado anterior, porque en este caso, la vivienda se considera arrendada en los últimos cinco años. En mi opinión, la eliminación de estas exclusiones que había regulado la Generalitat de Cataluña eran acertadas, dado que estas viviendas se tendrán que arrendar a precios muy inferiores a los de mercado, excepto los contratos de arrendamiento de vivienda habitual anteriores a 1995 y, por lo tanto, seguramente sus titulares decidirán no arrendarlos en el mercado de alquiler tradicional, pues no les resultara rentable. Lo que comporta efectos negativos para el mercado de alquiler reduciendo su oferta. Y como ya hemos mencionado, es necesario buscar incentivos para contrarrestar este tipo de efectos negativos, sucediendo con esta medida total-

mente lo contrario a lo que hubiera sido deseable para un mejor funcionamiento del sistema de control de precios.<sup>(36)</sup>

### 2.3.5 *El sistema de actualización de las rentas de alquiler*

Con la aprobación de la Disposición adicional sexta de la LDV se extiende la aplicación durante todo el 2024 de la limitación extraordinaria en la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda regulados en el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania. Esta medida se amplió hasta el 31 de diciembre de 2023 por el Real Decreto Ley 20/2022, de 27 de diciembre: medidas sobre el alquiler de viviendas y suspensión de desahucios.

Así se estableció que, hasta el 31 de diciembre de 2023, a falta de acuerdo entre las partes, o con carácter obligatorio para los grandes tenedores, la actualización de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda no podía superar la variación anual del Índice de Garantía de Competitividad (IGC), que como máximo será del 2 %.

La Ley mantuvo este mismo sistema para las actualizaciones que se produjeron entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2024 estableciéndose como máximo un incremento anual del 3 % sobre la renta vigente.

A partir de 2025, la renta se actualizará según el Índice de Referencia de Arrendamientos de Vivienda (IRAV), tal y como recoge la Disposición adicional undécima de la LDV. Este nuevo índice de referencia se crea con la vocación de evitar incrementos desproporcionados en las actualizaciones anuales de las rentas de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual y permanente, que se hayan firmado a partir del 26 de mayo de 2023, fecha en que entra en vigor la LVD. Este nuevo índice se define como el valor mínimo entre la tasa de variación anual del IPC, la tasa de variación anual de la inflación subyacente y la tasa de variación anual media ajustada.

## 3. PROPUESTAS DE MEJORA DEL SISTEMA DE CONTROL DE RENTAS PREVISTO

La problemática que se plantea respecto a la eficacia del sistema de control de precios para favorecer el mercado de alquiler no reside en limi-

---

(36) Para más detalle, véase MOLINA ROIG, E., *Diario La Ley*.

tar las rentas iniciales, sino más bien en la inseguridad jurídica que genera su aplicación ante las lagunas legales existentes y en la falta de consenso que existe en el sector respecto a la fijación del sistema de índices de referencia de precios de alquiler estatal adoptado. Por este motivo, a partir de aquí es necesario utilizar este periodo de tres años, de vigencia de la normativa, para analizar la viabilidad del sistema e introducir las mejoras que permitan consolidar un sistema efectivo para favorecer la asequibilidad, estabilidad y seguridad del mercado de alquiler. En mi opinión, debería garantizarse como mínimo las siguientes medidas:

El sistema de contención previsto en la norma debería modificarse para regular los siguientes aspectos indeterminados, los cuales generan dudas respecto a su aplicación y pueden dar lugar a litigiosidad respecto a la medida:

*a)* Deberían proporcionarse criterios claros sobre el concepto de gran tenedor, pues en su definición hay aspectos que no se prevén. Como, por ejemplo, si computa la vivienda habitual, cómo computa la titularidad de una cuota indivisa, una comunidad de bienes, los derechos reales o si debemos seguir un criterio registral, físico o catastral para la identificación de los inmuebles, etc.

*b)* Debería preverse un régimen de exclusión específico como realizaba la Ley 11/2020, sobre contención de rentas en Cataluña, que permitiera someter exclusivamente al índice y no a la renta anterior, aquellas viviendas que por determinadas circunstancias tenían rentas inferiores a los precios de mercado (viviendas que provienen de programas sociales, HPO, sometidas a contratos de renta antigua, etc.).

*c)* Determinar si es aplicable a los contratos en tácita reconducción, es decir, aquellos contratos en los cuales se ha acabado la duración pactada o mínima legal y se van renovando automáticamente según la duración pactada de la renta, mensual o anual, mientras las partes no se pronuncien.

*d)* Respecto al cálculo de la renta debería aclararse si la renta que aplica es la última fijada en el contrato de alquiler o bien, la última que estuviera pagando el arrendatario. Respecto a la repercusión de los gastos como IBI, comunidad debería establecerse si también limitan cuando se aplica el índice, por ser más bajo que la última renta, en los contratos formalizados por los grandes tenedores de vivienda.

Respecto al sistema de índice de referencia de los precios del alquiler, aprobado por el Ministerio de vivienda y Agenda urbana, también hay varios aspectos que deberían mejorarse<sup>(37)</sup>:

- a) Usar los metros cuadrados útiles y no los construidos.
- b) Definir los conceptos indeterminados como vivienda amueblada o vistas especiales.
- c) Valorar las características de la vivienda realizando unas tablas de precios que ponderen sobre el índice inicial, acordadas entre las asociaciones de propietarios, inquilinos y la administración pública, para dar legitimidad democrática, transparencia y objetividad al sistema, como se hace en Alemania<sup>(38)</sup>.

Para la eficacia del sistema que establece un límite a los precios del alquiler previsto en la Ley 12/2023 se propone la adopción de las siguientes medidas complementarias:

a) Un sistema de inspección y sanción para penalizar el incumplimiento de estas medidas en la LVD. Cataluña ha aprobado su propio régimen de inspección y sanción en el Decreto ley 1/2025, de 28 de enero, de medidas urgentes en materia de contención de rentas. Navarra también ha previsto como infracción la falta de esta información en la publicidad, las ofertas y los contratos de arrendamiento, que actualmente está en tramitación parlamentaria y que se prevé pueda aprobarse en junio de 2025.

b) Un proceso judicial ágil para reclamar su cumplimiento por vía de juicio verbal, independientemente de la cuantía reclamada.

c) Un proceso extrajudicial previo, gratuito y ágil para evitar la vía judicial, a través de la mediación o conciliación.

Además, no cabe olvidar que para mejorar el mercado de alquiler es necesario la adopción de otro tipo de políticas de vivienda como:

a) Aumentar la inversión pública para incentivar la promoción y la rehabilitación de vivienda social y asequible, y la disposición de este tipo de viviendas para los colectivos más vulnerables. Para ello, es necesario fomentar la colaboración público-privada con las entidades sin ánimo de lucro y de lucro limitado, estableciendo un marco regulatorio favorable y facilitar la financiación de las operaciones.

---

(37) Véase MOLINA ROIG, E., *Diario La Ley*.

(38) Para más detalle, MOLINA ROIG, E., AC., pp. 5 ss.

b) Establecer controles adecuados para perseguir y luchar contra el mercado negro de alquiler, que ascendía al 40,8% en 2021<sup>(39)</sup>.

c) Establecer medidas de fomento del alquiler para incentivar la oferta, como la construcción y rehabilitación de viviendas. Así como la movilización de vivienda vacía, con incentivos positivos como subvenciones y beneficios fiscales. Es fundamental que se incentiven estas medidas incluyéndose en el Plan de medidas que debe acompañar a la memoria justificativa de la declaración de zona de mercado residencial tensionado, para paliar la falta de oferta suficiente de vivienda a precios asequibles para atender la demanda existente en las zonas declaradas tensionadas.

d) Regular otros aspectos del contrato de alquiler que incentiven además de la asequibilidad, la estabilidad y flexibilidad para el arrendatario. Y, por otro lado, la seguridad, un beneficio razonable y una recuperación ágil de la vivienda para el arrendador<sup>(40)</sup>.

e) Regular los contratos de arrendamiento de uso distinto por temporada (Título III LAU), los contratos de habitaciones regulados en el código civil y establecer limitaciones a los contratos de arrendamiento de las viviendas de uso turístico para evitar que se pueda realizar un uso fraudulento y/o excesivo en perjuicio del mercado de alquiler de residencia habitual y permanente<sup>(41)</sup>.

#### 4. LA LIMITACIÓN DE GARANTÍAS EN EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA

Una de las principales preocupaciones del arrendador es el mal uso que pueda realizar el arrendatario de la vivienda arrendada, y el incumplimiento de sus obligaciones durante la vigencia del contrato de arrendamiento. Por este motivo, la LAU establece como obligatorio el pago de una mensualidad de fianza para los contratos de arrendamiento de vivienda habitual y permanente (art. 36 LAU), y hasta el 2019, permitía al arrendador exigir las garantías adicionales que considerará necesarias.

La fianza sirve para garantizar el cumplimiento de las dos obligaciones principales del arrendatario: pagar la renta y conservar la cosa. Concretamente, el arrendador podrá utilizar la fianza para la satisfacción de las si-

(39) GESTHA, 2022.

(40) Para mayor abundamiento, MOLINA ROIG, E., 2018, pp. 355 ss.

(41) Según lo que ya apunto en MOLINA ROIG, E., AC, pp. 9 ss.



guientes obligaciones, cuando finalizado el contrato de arrendamiento éstas no se hubieran cumplido por el arrendatario:

- La obligación de pago de la renta y de aquellas cantidades cuyo pago asumió o le corresponden al arrendatario (arts. 1555.1 CC y 17 y 20 LAU 1994), como puede ser el agua, la luz o el gas, si fueron contratados por el propio arrendador, o de la cuota comunitaria o del IBI si así se pactó.

- La obligación de indemnizar al arrendador por los daños o menoscabos producidos en la finca arrendada, ya sea por uso inadecuado o indiligente de la finca (art. 1555.2 CC), o por no haber actuado con la diligencia debida en la apreciación de hechos o daños que exigían una reparación urgente o una comunicación inmediata al arrendador (arts. 20 LAU 1994 y 1559 y 1563 CC), ya sean imputables a la propia conducta del arrendatario o de otras personas de las que deba responder (arts. 21 LAU 1994 y 1564 CC).

- La indemnización que proceda por el incumplimiento de la obligación de restituir la posesión de la finca al terminar el contrato (art. 1561 CC).

Sin embargo, la exigencia de garantías ilimitadas podía generar un problema de asequibilidad para el arrendatario, quien podía verse impedido a acceder a una vivienda de alquiler por no disponer de capital suficiente o los avales exigidos. Por este motivo, con la reforma de la LAU, para los contratos de arrendamiento de vivienda habitual y permanente firmados a partir del 6 de marzo de 2019 se limita esta posibilidad, excepto para los de larga duración. Así, de acuerdo al artículo 36.5 LAU «en el caso del arrendamiento de vivienda, en contratos de hasta cinco años de duración, o de hasta siete años si el arrendador fuese persona jurídica, el valor de esta garantía adicional no podrá exceder de dos mensualidades de renta».

En consecuencia, cualquier pacto que pretenda establecer un depósito superior a tres mensualidades (uno de fianza y dos de garantías adicionales) será nulo, y aunque el artículo 36 LAU se regula en el Título IV y, por lo tanto, no se le aplica la limitación del artículo 6 LAU, el artículo 4.1 LAU establece que las normas del Título IV son de carácter imperativo. Además, tampoco es posible solicitar un aval bancario por un importe que exceda de las dos mensualidades, excepto en los contratos de larga duración (superiores a cinco o siete años de duración, según si el arrendador es persona física o jurídica) pues, aunque el artículo 36 no lo señala, así lo recoge expresamente la exposición de motivos del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo. Existen discrepancias doctrinales sobre si esta limitación



sería extensible a otro tipo de garantías de protección del derecho de crédito, como la fianza personal a favor de personas físicas, o de otras personas jurídicas distintas a las entidades bancarias. Además, cabe tener en cuenta que el contrato de fianza de nuestro Código Civil es un contrato autónomo e independiente del contrato de arrendamiento, y que la obligación legal del artículo 36.5 de la LAU afecta a la relación jurídica entre arrendador y arrendatario, y no al fiador, que no es parte en el contrato de arrendamiento. Además, cabe recordar que el contrato de fianza puede pactarse con carácter solidario respecto del deudor o carácter subsidiario, operando el beneficio de excusión del artículo 1830 del Código Civil<sup>(42)</sup>.

Por lo tanto, atendiendo a una interpretación teleológica y acorde con la finalidad de la norma tampoco será posible pactar otro tipo de garantías adicionales, como por ejemplo el pago por el arrendatario de pólizas de seguros como, por ejemplo, los que pretendan cubrir impagos de rentas o cantidades asimiladas, desperfectos o actos de vandalismo en la vivienda o de responsabilidad civil, etc., siempre que su importe sea superior a dos mensualidades de renta. En este caso, hay que tener en cuenta que, si un seguro de este tipo implica, por ejemplo, el coste de una mensualidad de renta no podrá exigirse su contratación por un periodo superior a dos años.

Esta modificación que limita las garantías del arrendamiento pretende asimilar nuestra legislación a la de otros países de Europa en los que el límite del depósito inicial a satisfacer por el arrendatario no puede superar tampoco las tres mensualidades de renta. Como, por ejemplo, en Italia (art. 11 Ley 392/1978), Alemania (§ 551 (I) BGB) y Suiza (art. 257e COS). Además, estos países también buscan fórmulas alternativas para facilitar el acceso a la vivienda del arrendatario con menos recursos económicos permitiendo fraccionar el pago del depósito. Por ejemplo, en Alemania, se reconoce el derecho legal a prorratear la fianza en tres cuotas –§ 551 (II) BGB– o en Suiza se facilita la posibilidad de contratar un seguro de depósito, que se puede ir pagando mensualmente. De esta forma, se facilita la asequibilidad del alquiler y su acceso a las personas con menos recursos, sin desatender la finalidad de la norma (servir de garantía en caso de incumplimiento) ni los intereses del arrendador, ya que este a los tres meses en caso de fraccionamiento, o desde el inicio, en caso de contratación de un seguro, dispondrá de la cantidad total de la garantía. Y cabe tener en cuenta que el depósito o garantía no tiene la finalidad de ser usado inmediatamente, sino que es posible que no se use nunca o con toda probabilidad hasta

---

(42) Para más detalle, véase CUENA CASAS, M.; MOLINA ROJO, E.; GARCIA CENICEROS, R., y NAVARRO SELFA, A., AC., p. 5.

la resolución del contrato de alquiler, por lo tanto, el fraccionamiento de este pago no tiene porque perjudicar los intereses del arrendador.<sup>(43)</sup>

## 5. CONCLUSIONES

La intervención en el mercado de alquiler privado de alquiler, estableciendo limitaciones en cuanto a los desembolsos económicos que el arrendatario debe hacer para disponer de una vivienda que satisfaga su necesidad de residencia habitual y permanente es necesaria para equilibrar un mercado de alquiler que se ha mostrado incapaz, de regularse por sí mismo. Ello se ha llevado a cabo, a través de dos modificaciones de la LAU, que pretenden adoptar sistemas ya utilizados o muy similares a los que, desde hace años, ya funcionan en otros países europeos. Por un lado, la que introduce la LDV, que regula un límite de precio a los contratos de arrendamiento de vivienda habitual en las zonas declaradas de mercado residencial tensionado que, de momento, solo se aplica en Cataluña y el País Vasco. Aunque hay otras comunidades autónomas que ya han iniciado el proceso para realizar dicha declaración, como Navarra, y así intentar frenar la escalada de precios de alquiler de los últimos cinco años. Y, por otro lado, la que se realizó en 2019 para limitar las garantías adicionales que se pueden pactar en los contratos de arrendamiento de vivienda habitual y permanente, a tres mensualidades, incluida la fianza. La finalidad de la norma es la misma, facilitar la asequibilidad y así el acceso a la vivienda de alquiler de los arrendatarios, ya que ésta es la forma de acceso de último recurso para las personas que no pueden o quieren acceder al mercado a través del régimen de propiedad. El esfuerzo económico que deben hacer las familias en España es muy superior a la media europea, colocándose a la cola de los países europeos. Ello ha comportado que el mercado del alquiler sea inasequible para el ciudadano medio y, sobre todo para las familias más vulnerables económicamente, afectando gravemente a su derecho a la vivienda. Con una baja inversión en políticas de vivienda y un parque de vivienda social muy escaso, son necesarias medidas que incidan en el mercado privado de alquiler que, a corto plazo, puedan ayudar a frenar la subida abusiva de las rentas y acortar la brecha existente entre los ingresos disponibles y las rentas a pagar por las familias. Sin olvidar, que es necesario asegurar un beneficio razonable para el arrendador y otorgarle seguridad en el cumplimiento de las obligaciones del arrendatario, para

---

(43) Véase MOLINA ROIG, E., 2018, pp. 335 ss.

garantizar su derecho a la propiedad y que esta medida no afecte gravemente a la oferta de viviendas en alquiler.

En el caso de los sistemas de control de renta, la norma española no pretende que se produzca una congelación de las rentas como sucedió a partir de los años veinte en España. Esta norma limita los precios de los nuevos contratos de arrendamiento de acuerdo al índice de referencia de precios de alquiler, que es un índice que se construye a partir de las rentas declaradas por los arrendadores en el modelo 100 de IRPF. Y aunque, además, se pretende estabilizar los precios de los contratos de alquiler preexistentes de acuerdo a las rentas pactadas, se permite actualizarlas. Además, la norma es de aplicación temporal y excepcional con una duración de tres años. Y, solo afecta a las zonas declaradas de mercado residencial tensionado, es decir, aquellas donde existe un problema de oferta y asequibilidad real del mercado. Además, la regulación prevé que tanto la declaración de estas zonas como el contenido de la memoria se revise, anule, reduzca o amplíe periódicamente y que puedan adaptarse a las necesidades y circunstancias del mercado.

A modo de resumen, adjuntamos un esquema de la normativa que hemos explicado anteriormente:

**Tabla 2. La regulación de limitación de rentas en la LDV**

| Tipo de propietario                   | Vivienda arrendada o no anteriormente  | Cálculo de la renta                                                                                                                                                                                                                                    |
|---------------------------------------|----------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Pequeños tenedores de vivienda</b> | Vivienda arrendada últimos cinco años. | Renta del último contrato vigente + actualización del último contrato.                                                                                                                                                                                 |
|                                       |                                        | No pueden repercutirse cuotas o gastos si no se reflejaba en el contrato anterior.                                                                                                                                                                     |
|                                       |                                        | Excepcionalmente, puede incrementarse la renta hasta un 10 % cuando se den los supuestos de:<br>Rehabilitación.<br>Mejora energética 30 % (últimos dos años).<br>Mejora accesibilidad (últimos dos años).<br>Contratos o prórrogas de diez o más años. |
|                                       | Nuevo contrato de alquiler.            | Libertad de pacto, excepto que la CCAA establezca que se regula a través del índice de referencia de precios de alquiler de vivienda.                                                                                                                  |



| Tipo de propietario                   | Vivienda arrendada o no anteriormente                             | Cálculo de la renta                                                                                                                              |
|---------------------------------------|-------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Grandes tenedores de vivienda.</b> | Vivienda arrendada últimos cinco años (se aplican ambos límites). | Renta del último contrato vigente + actualización del último contrato. Y posibles incrementos hasta el 10 %. Imposibilidad de repercutir gastos. |
|                                       |                                                                   | Índice de referencia de precios de alquiler de vivienda.                                                                                         |
|                                       | Nuevo contrato de alquiler.                                       | Índice de referencia de precios de alquiler de vivienda.                                                                                         |

Durante estos tres primeros años de aplicación deberá analizarse las medidas previstas, principalmente para decidir sobre su renovación y también para, acordarse mejoras que permitan resolver las lagunas legales existentes, facilitar la inspección y sanción de la norma, una reclamación ágil que garantice su cumplimiento y evitar la fuga de contratos hacia el mercado de vivienda temporal, turística o de habitaciones.

Además, es necesario adoptar políticas de vivienda que permitan aumentar el presupuesto público, contrarrestar los posibles efectos adversos de esta medida y, además suplir, las carencias existentes del mercado de vivienda, con medidas a largo plazo, que permitan aumentar la oferta de vivienda existente y su calidad y mantenimiento. A través, fundamentalmente de disponer de más vivienda social y asequible, políticas de rehabilitación y movilización del parque existente, control y afloramiento del mercado negro y una regulación adecuada del mercado de alquiler. Para ello, uno de los elementos más importantes de la declaración de mercado residencial tensionado es que debe acompañarse de un plan de medidas que tenga como objetivo revertir esta situación de desequilibrio entre oferta y demanda.

## BIBLIOGRAFÍA

- CUENA CASAS, M.; MOLINA ROIG, E.; GARCIA CENICEROS, R., y NAVARRO SELFA, A., «La limitación de las garantías complementarias en los contratos de arrendamiento de vivienda» coordinado por A. Fuentes-Lojo Ríos en *Revista Actualidad Civil*, núm. 6, Wolters Kluwer, junio 2019.
- DUFLOT, C., (Minister for Housing), Senate Debate of 20 February 2014.



- EUROSTAT, «Housing cost overburden rate, analysed by tenure status», 2022.
- FUENTES LOJO RIUS, A., «Guía interpretativa sobre el concepto de gran tenedor de viviendas (1)», en *Diario La Ley*, núm. 10486, Sección Tribuna, 16 de abril de 2024.
- GESTHA, *Estudio sobre Evolución sobre los Alquileres Sumergidos en España, del colectivo de los Técnicos de Hacienda*, según los datos IRPF 2021, 2022.
- HAFFNER, M.; ELSINGA, M., y HOEKSTRA, J., «Balance between landlord and tenant? A comparison of the rent regulation in the private rental sector in five countries», ENHR 2007 *International Conference on 'Sustainable Urban Areas*.
- LÓPEZ GARCÍA, M. A., «Imposición, subsidios a la vivienda y control de alquileres: análisis de algunas políticas de vivienda en España» en *Revista de Economía Aplicada*, núm. 3 (vol. I), 1993.
- MOLINA ROIG, E., *Una nueva regulación para los arrendamientos urbanos de vivienda en un contexto europeo*, ed. Tirant lo Blanch, 2018.
- «Análisis de la Ley 11/2020 sobre contención de rentas en Cataluña» en *Actualidad Civil*, núm. 12, diciembre 2020, núm. 12, Editorial Wolters Kluwer, 1 de diciembre de 2020.
- «Los límites a las viviendas de uso turístico para incentivar el alquiler de vivienda habitual», *Revista Actualidad Civil*, núm. 4, Wolters Kluwer, abril de 2024.
- «Principales novedades sobre arrendamientos urbanos en la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda», en *Actualidad civil*, núm. 5, Wolters Kluwer, 2023.
- «El nuevo sistema estatal de referencia de precios del alquiler de vivienda ¿y ahora que?», en *Diario La Ley*, núm. 10469, 2024.
- NASARRE AZNAR, S.; GARCIA, M. O., y XERRI, K., «¿Puede ser el alquiler una alternativa real al dominio como forma de acceso a la vivienda? Una comparativa legal Portugal-España-Malta», en *Revista Teoría y Derecho*, núm. 16, 2014, pp. 194.
- PAREJA EASTAWAY, M., y SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. T., «La política de vivienda en España: lecciones aprendidas y retos de futuro», en *Revista Galega de Economía*, vol. 21, núm. 2, diciembre 2012.
- SALA ROCA, C.; CARRASCO PEREA, A; CORDOBÉS MILLÁN, E., y MOLINA ROIG, E., «Problemática sobre la aplicación de los límites de renta en los arrendamientos de vivienda en zonas de mercado residencial tensionado», en *Revista Actualidad Civil*, núm. 4, Wolters Kluwer, 2024.
- «Problemática sobre la aplicación de los límites de renta en los arrendamientos de vivienda en zonas de mercado residencial tensionado», en *Revista Actualidad Civil*, núm. 5, Wolters Kluwer, 2024.
- SCANLON, K.; FERNANDEZ, M., y WHITEHEAD, C., «A lifestyle choice for families: Private renting in London, New York, Berlin and the Randstad», Londres, Get Living London, 2014.
- TRILLA BELLART, C., *La política de vivienda en una perspectiva europea comparada*, Fundación la Caixa, Barcelona, 2001.



XERRI, K., y MOLINA ROIG, E., «La estabilización de la renta como mecanismo para incentivar el acceso a la vivienda a través del arrendamiento urbano desde una perspectiva comparada», en *Revista CEFLEGAL*. CEF., núm. 179, 2015.

## B. LA TENENCIA ARRENDATICIA

### B.3 Problemas que plantea la evaluación de la solvencia del arrendatario \*

**Matilde Cuenca Casas**

*Catedrática de Derecho civil*

*Universidad Complutense*

*Fundación Hay Derecho*

*m.cuenca@telefonica.net*

**Resumen:** *Se analiza en el presente trabajo las dificultades con las que se encuentran los propietarios para evaluar la solvencia de los potenciales arrendatarios y el impacto que ello tiene en el precio del alquiler.*

**Palabras clave:** *Datos de solvencia. Ficheros negativos y ficheros positivos de solvencia patrimonial. Informe de la Central de Información de riesgos del Banco de España. Evaluación de la solvencia.*

---

\* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR). Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00).



**Abstract:** *This paper analyses the difficulties encountered by owners in assessing the creditworthiness of potential tenants and the impact this has on the rental price.*

**Keywords:** *Solvency data. Negative files and positive solvency files. Report from the Bank of Spain's Central Credit Register. Solvency assessment.*

**Sumario:** 1. La importancia para el arrendador de una adecuada evaluación de la solvencia de potenciales arrendatarios: la limitación de garantías exigibles. 2. Las dificultades del arrendador para evaluar el riesgo: la ausencia de un eficiente sistema de información sobre datos de solvencia patrimonial. 2.1 La importancia de un sistema de información de solvencia para generar confianza en el mercado del alquiler. 2.2 Intercambio de información negativa y positiva de solvencia patrimonial: consecuencias para el arrendador. 2.3 Los registros públicos y privados de solvencia patrimonial. 2.4 El modelo español de sistema de información crediticia. 3. ¿Cómo actúan actualmente los arrendadores para evaluar la solvencia de los potenciales arrendatarios? 4. Conclusiones y propuestas. Bibliografía.

## 1. LA IMPORTANCIA PARA EL ARRENDADOR DE UNA ADECUADA EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA DE POTENCIALES ARRENDATARIOS: LA LIMITACIÓN DE GARANTÍAS EXIGIBLES

Uno de los problemas más graves a los que se enfrenta la sociedad española es el de la escasez de vivienda en alquiler. Los factores que han conducido a esta situación son muy variados y complejos por lo que la solución a los mismos requiere un enfoque global. No basta tocar una pieza del sistema para solucionar el problema, sino que son muy distintas las causas concomitantes que conducen a una dramática escasez de oferta de vivienda en alquiler muy acusada en algunas grandes ciudades. De ahí la razón de ser del presente tratado cuya finalidad no es otra que evidenciar todos y cada uno de los aspectos jurídicos que afectan a esta temática y que conforman un auténtico rompecabezas normativo.

Uno de los factores que, a mi juicio, también debe valorarse al analizar la escasa oferta del alquiler es la posición del arrendador en un aspecto clave: la evaluación de la solvencia del potencial inquilino. Teniendo en cuenta la regulación vigente respecto a las limitaciones a los desalojos de



colectivos vulnerables<sup>(1)</sup> es evidente que el «miedo» a poner un inmueble en el mercado de alquiler se dispararía en gran medida<sup>(2)</sup> si el propietario puede tener cierta seguridad sobre la solvencia del arrendatario. Hay que decir que ello no resuelve totalmente el problema pues el impago puede ser por circunstancias sobrevenidas (paro, enfermedad, por ejemplo) respecto de las cuales el arrendador – al igual que cualquier acreedor – no puede blindarse. Es el puro riesgo de crédito. Para eso están las garantías personales, pero no se olvide que la posición del arrendador respecto de la solicitud de garantías adicionales se ve limitada tras la reforma de la Ley de Arrendamientos urbanos (en adelante, LAU) operada por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler<sup>(3)</sup>. Dicha norma reformó el artículo 36 de la LAU dedicado a la fianza arrendaticia y a las garantías que puede solicitar el arrendador.

El arrendador puede exigir en concepto de fianza<sup>(4)</sup> una mensualidad de renta en arrendamientos de vivienda<sup>(5)</sup>. Su finalidad es asegurar el

---

(1) La suspensión de desalojos para colectivos vulnerables establecida en el artículo 1 Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 ha sido prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2024 por virtud del *Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía*. La suspensión del desalojo es tratada en apartado XII, Sección 5 de este tratado.

(2) El tema está de máxima actualidad. La prensa informa de la petición que se está haciendo desde la Federación Nacional de Asociaciones inmobiliarias (FAI). Esta organización propone «extender los avales ICO al mercado del alquiler, lo que dotaría de seguridad a los pequeños propietarios frente al impago de renta y ante la actual demora en los procesos judiciales de desahucio. “La implementación de un aval público exprés para alquileres proporcionaría cobertura y seguridad tanto a propietarios como a inquilinos, complementando o sustituyendo las pólizas de alquiler existentes”. Se entiende que estos avales ayudarían a eliminar las barreras económicas para las personas que tienen más dificultades a la hora de obtener avales privados, un requisito cada vez más extendido a la hora de formalizar un contrato». <https://www.eleconomista.es/vivienda-inmobiliario/noticias/12978217/09/24/las-inmobiliarias-piden-a-sanchez-que-extienda-los-avales-ico-al-alquiler.html> Con un buen sistema de información crediticia que permitiera una adecuada evaluación solvencia, con la eliminación de restricciones a la solicitud de garantías, con el impulso a medidas que faciliten y no entorpezcan el desalojo, sería suficiente sin necesidad de que el Estado tenga que emplear dinero público en la contratación privada. Las ayudas públicas deben ir dirigidas a mejorar el beneficio fiscal de los arrendadores.

(3) Traté esta cuestión en mi post sobre «La desmesurada desprotección del arrendador de vivienda ante el riesgo de impago del arrendatario en la reciente reforma de la LAU». 23 de abril de 2019. <https://www.hayderecho.com/2019/04/23/la-desmesurada-desproteccion-del-arrendador-de-vivienda-ante-el-riesgo-de-impago-del-arrendatario-en-la-reciente-reforma-de-la-lau/>.

(4) A pesar del término utilizado por el legislador, ni es fianza ni depósito. Más bien su naturaleza se acerca a la prenda irregular. Al respecto, *Cfr.* ATAZ LÓPEZ, 2013, p. 2010.

(5) Según la Disposición adicional tercera de la LAU, *las comunidades autónomas podrán establecer la obligación de que los arrendadores de finca urbana sujetos a la presente ley depositen el importe de la fianza regulada en el artículo 36.1 de esta ley, sin devengo de interés, a disposición de la Administración autonómica o del ente público que se designe hasta la extinción del correspondiente contrato*. Hasta la fecha, todas las comunidades autónomas exigen este depósito a excepción de Navarra y Asturias. El depósito de la fianza es una velada forma de control

cumplimiento del contrato y, particularmente, cubrir los daños y perjuicios causados en la vivienda a la finalización del contrato. Caso de que no se haya producido ningún incidente, la fianza deberá ser restituida al arrendatario al finalizar el arriendo (art. 36.4 LAU). La fianza es obligatoria y su incumplimiento permite la resolución del contrato (art. 27.2. b) LAU). La cantidad es muy limitada por lo que no es de extrañar que el arrendador exija garantías adicionales. De ahí que el artículo 36.5 LAU en su redacción original dispusiera que «las partes podrán pactar cualquier tipo de garantía del cumplimiento por el arrendatario de sus obligaciones arrendaticias adicional a la fianza en metálico».

Pues bien, el RDL 7/2019 ha restringido esta posibilidad del arrendador de exigir al arrendatario garantías adicionales en arrendamientos de vivienda de duración hasta cinco años o hasta siete años si el arrendador es persona jurídica. Se pueden pactar garantías, pero la ley limita la obligación garantizada: dos mensualidades de renta. Así, después de establecer que las partes podrán pactar cualquier tipo de garantía del cumplimiento por el arrendatario de sus obligaciones arrendaticias adicional a la fianza en metálico, el párrafo segundo del artículo 36.5 LAU dispone que «en el caso de arrendamiento de vivienda en contratos de hasta cinco años de duración o de hasta siete años si el arrendador fuese persona jurídica, el valor de esta garantía adicional no podrá exceder de dos mensualidades de renta».

El problema es determinar qué se entiende por garantía adicional puesto que el precepto no lo especifica. Teóricamente, donde la ley no distingue, el intérprete tampoco debe hacerlo y ello supondría que esta limitación respecto de la obligación garantizada afecta a cualquier garantía adicional. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en la Exposición de motivos del RDL 7/2019 se dispone expresamente que «se fija en dos mensualidades de renta la cuantía máxima de las garantías adicionales a la fianza que pueden exigirse al arrendatario, ya sea a través de depósito o de aval bancario, salvo que se trate de contratos de larga duración». Se especifica que tal limitación parece afectar exclusivamente a las garantías de depósito o aval bancario. De esta forma, no habría obstáculo a que el arrendador exija otras garantías distintas, por ejemplo, que se aporte un fiador solidario que garantice una cantidad superior a dos mensualidades de renta.

A mi juicio, procede hacer una interpretación restrictiva de esta limitación pues, de lo contrario, se produce una desprotección masiva del arrendador que se volverá en contra de la finalidad que el legislador

---

fiscal del arrendamiento. Para que el arrendatario pueda aplicarse la deducción fiscal del alquiler es importante que se hayan depositado la fianza en la Comunidad autónoma correspondiente.

pretende con esta reforma. Si el arrendatario deja de abonar más de dos mensualidades el arrendador estaría «legalmente» indefenso y contaría solo con la limitada responsabilidad patrimonial del artículo 1911 CC. Este riesgo invitará a los potenciales arrendadores a no alquilar (disminuyendo la oferta) o si lo hacen, aumentarán el precio del alquiler para asegurarse inquilinos de alto nivel. Por ello la limitación de las dos mensualidades de renta se debe ceñir a las garantías consistentes en un depósito o aval bancario.

Sea como fuere, la reforma apuntada pone límites a las garantías que normalmente suelen solicitar los arrendadores y que favorecen la ejecución de su derecho de crédito como son el aval bancario y el depósito. Esta circunstancia hace si cabe más relevante la tarea de la evaluación de la solvencia por parte del arrendador, pues su blindaje frente al impago es menor por la falta de garantías adicionales eficientes<sup>(6)</sup>.

Estas limitadas garantías adicionales han hecho crecer el mercado del seguro de impagos que dan una cobertura de 6, 9 ó 12 meses de renta, según elija el arrendador. El coste (entre 300 y 600 euros anuales, según la cobertura)<sup>(7)</sup> que asume el arrendador normalmente se repercute en la renta del inquilino, por lo que la limitación de garantías la acaba pagando finalmente el arrendatario y es un factor inflacionista del coste de vivienda. Tampoco se ha acogido en España una medida que sí está presente en otros ordenamientos como es una suerte de derecho de prenda del arrendador sobre todos los bienes que el arrendatario introduce en el inmueble arrendado. El riesgo de pérdida para el arrendatario actúa como elemento disuasorio. Este sistema se mantiene en algunos ordenamientos como Alemania (§ 562 del BGB)<sup>(8)</sup>.

Estas medidas no serían tan necesarias si el arrendador tuviera una mayor seguridad a la hora de elegir un arrendatario solvente. Veamos las dificultades que encuentra.

---

(6) De hecho, según un estudio, un 72 % de los propietarios defiende aceptar medidas intervencionistas si a cambio se pudieran aumentar las garantías que se exigen a los inquilinos. Este porcentaje se divide en un 27 % que estaría totalmente dispuesto y un 45 % que estaría bastante dispuesto a apoyar las medidas. Por contra, un 6 % estaría poco dispuesto y un 5 % no estaría en absoluto dispuesto a apoyarlas. El 17 % manifiesta que no está ni de acuerdo ni en desacuerdo. Estos datos evidencian la importancia que para el arrendador tiene la exigencia de garantías. Fotocasa y Agencia Negociadora del Alquiler, «Radiografía del arrendador en España ¿Cómo afectarían las medidas intervencionistas en el mercado de alquiler? <https://s36027.pcdn.co/wp-content/uploads/2021/04/Informe-RADIOGRAFIA-ARRENDADOR-ESPANA-1.pdf>.

(7) Estos seguros pueden contratarse individualmente o en una única póliza con todas las coberturas que se denomina «seguro de protección de alquileres». El interés del arrendador puede ser solo la cobertura de rentas de alquiler impagadas, o también los gastos judiciales y extrajudiciales y asistencia jurídica del arrendador en caso de impago. A ello hay que añadir la cobertura propia del seguro del hogar. Más extensamente, MOLINA ROIG, E., 2018, p. 633, COLINA GAREA R., 2014, p. 425.

(8) Sobre esta medida, *Cfr*: NASARRE AZNAR, S., 2015, p. 216.

## 2. LAS DIFICULTADES DEL ARRENDADOR PARA EVALUAR EL RIESGO: LA AUSENCIA DE UN EFICIENTE SISTEMA DE INFORMACIÓN SOBRE DATOS DE SOLVENCIA PATRIMONIAL

### 2.1 **La importancia de un sistema de información de solvencia para generar confianza en el mercado del alquiler**

Procede analizar qué instrumentos tiene el arrendador a su disposición para verificar la solvencia de su potencial inquilino. Está claro que deberá solicitar una serie de datos que voluntariamente el contratante deberá aportar, pero es factible que se mienta sobre su situación patrimonial y por ello es importante saber hasta qué punto el arrendador puede contrastar la información aportada. Se trata de evitar que sea engañado, se produzcan impagos y el arrendador se encuentre con la vivienda bloqueada tanto por la suspensión de los desahucios vigentes como por el tiempo que debe emplear en desalojar al inquilino, tiempo que se ha aumentado tras las novedades introducidas por la Ley Vivienda que ha modificado los requisitos de procedibilidad para los desalojos del inquilino incumplidor<sup>(9)</sup>.

Los arrendadores padecen al igual que el resto de los operadores del mercado los fallos de nuestro sistema de información crediticia. Efectivamente, en el contrato de arrendamiento como sucede también con el de préstamo, es importante tener acceso de datos de solvencia patrimonial del potencial contratante. Por ello el arrendador también se ve afectado por el diseño de un sistema de información crediticia, por más que esté pensado para prestamistas.

El arrendador también se enfrenta a los problemas derivados de la información asimétrica en el mercado de crédito agravados por tratarse de un contrato de larga duración en el que pueden producirse muchos cambios en la situación económica del deudor. El arrendatario lógicamente tiene un mayor conocimiento que el arrendador respecto de su situación financiera. Ello genera riesgo de selección adversa, es decir, que el arrendador tiene dificultades para elegir entre buenos y malos pagadores con el peligro de escoger arrendatarios de peor calidad.

---

(9) *Cfr.* Disposición final quinta de la Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda que modifica la Ley de Enjuiciamiento civil estableciendo una serie de limitaciones procesales para el propietario que quiere instar el desalojo del inquilino que no abona la renta y del ocupante ilegal. Afortunadamente, el Tribunal Constitucional en sentencia 26/2025, de 29 de enero de 2025 resuelve la incompatibilidad con la Constitución de estos preceptos reformados por la Ley 12/2023 que imponen requisitos de procedibilidad al propietario de un inmueble ocupado ilegalmente por considerarse que pueden vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24 de la Constitución.

Ante esta situación el arrendador puede hacer dos cosas: o bien decide no destinar el inmueble a alquiler por el riesgo que conlleva o bien aumenta el precio con el objeto de llegar a potenciales arrendatarios con mayor capacidad económica. Esta deficiencia del sistema provoca un aumento de precios que ya estamos viviendo en el mercado del alquiler, así como la disminución de la oferta<sup>(10)</sup>. Aunque son muchos los factores que producen estos perniciosos efectos en el mercado, esta dificultad derivada de los riesgos de selección adversa es sin duda uno de gran relevancia.

Por otro lado, se produce otro efecto perverso para el sistema y es que, desde el punto de vista del deudor-potencial arrendatario, la opacidad de la información crea problemas de *riesgo moral*: el deudor utiliza la mayor información que posee sobre su situación patrimonial para comportarse de forma inadecuada. Arrendatarios que dejan de pagar voluntariamente conscientes de que esa información no trasciende a otros arrendadores. Cuando no se comparte información de solvencia se incentiva el incumplimiento oportunista<sup>(11)</sup>. Si a ello le unimos las dificultades y el tiempo que tarda el arrendador en desahuciar al arrendatario moroso, tenemos la «tormenta perfecta». Es imprescindible que la información de solvencia se comparta para evitar esta situación de riesgo moral que puede dinamitar el mercado arrendaticio. Y para ello están los sistemas de información crediticia.

Efectivamente un sistema de información crediticia (en adelante, SIC) es una herramienta que trata de paliar los efectos del riesgo de selección adversa. Se trata de un conjunto de ficheros y bases de datos que suministrarán información acerca de la solvencia de personas físicas o jurídicas<sup>(12)</sup>. Se trata de un «sistema» en el que están involucrados una pluralidad de sujetos encargados del intercambio organizado de información a través de tecnologías avanzadas conforme a unos procedimientos previamente acordados, con el propósito de recopilar, elaborar, compartir y/o suministrar información sobre solvencia de particulares y empresarios. En un SIC interviene la entidad gestora que puede ser pública (es el caso de la central de información de riesgos del Banco de España, CIRBE) o privada (los denominados bureaux de crédito, como Experian (Badescug) o Equifax que son los principales que operan en España), los aportantes de datos y los consultantes.

La clave de la eficiencia de un SIC radica, como no puede ser de otra manera, en la calidad del dato que albergan y la información que proporcionan. Para evaluar la solvencia del potencial arrendatario es preciso

---

(10) En grandes ciudades como Madrid y Barcelona la disminución de la oferta en alquiler es especialmente llamativa habiéndose reducido desde 2019 un 65 % en Barcelona y un 76 % en Madrid.

(11) MONTES, F., (2014), p. 245.

(12) PASCUAL HUERTA, P., 2015, p. 122.

tener en cuenta la capacidad de pago y la voluntad de pago. Ambas son imprescindibles para generar la confianza en el arrendador. La capacidad de pago se mide teniendo en cuenta el patrimonio del deudor, sus ingresos y gastos. A ello hay que sumar su ratio de endeudamiento. De nada vale tener ingresos altos si ya están comprometidos con un pasivo ya asumido. La voluntad de pago se mide teniendo en cuenta el comportamiento crediticio, el historial de crédito. Bien es sabido que hay personas con patrimonio que tienen mal comportamiento crediticio. Ambas variables son decisivas para el arrendador.

Pues bien, teóricamente un SIC eficiente debería aportar información sobre ambas variables (capacidad de pago y voluntad de pago) y ello depende de la cantidad y calidad de los datos pertinentes que compile. Así, los SIC se clasifican en sistemas de intercambio de información negativa o ficheros negativos o de morosos o sistemas de intercambio de información positiva. Veamos las diferencias para poder entender las consecuencias que puede tener para el arrendador que exista una modalidad u otra.

## 2.2 Intercambio de información negativa y positiva de solvencia patrimonial: consecuencias para el arrendador

Los *ficheros negativos o de morosos (black list)*, que solo contienen datos de impagos o incumplimientos del deudor, procesos judiciales iniciados, insolvencias, pagos tardíos. Los ficheros negativos suponen mediamente una sanción al deudor moroso quien no podrá contratar con otro prestamista.

Con un SIC en el que solo se comparta información negativa, el único dato que recibe el que lo consulta es que ha habido un impago que puede obedecer a múltiples causas. Los ficheros negativos no informan del nivel de endeudamiento del potencial cliente.

Cuando el prestamista que padece las consecuencias del incumplimiento del deudor comparte con otros prestamistas el dato negativo, son éstos los principales beneficiados y no tanto el que comparte la información. De ahí que un SIC con datos negativos opera de manera voluntaria y según criterios de reciprocidad. Los sujetos que comparten datos negativos pueden acceder a su vez a los datos negativos de otros clientes.

Cuando se habla de un *fichero positivo (white list)*, además de incluir información negativa, se incluyen datos adicionales que tienen como virtud alertar del nivel de endeudamiento del potencial cliente. Cubren el comportamiento contractual del cliente, deudas pendientes, número de préstamos, patrones de pago, activos, pasivos y garantías asumidas. Se incluyen saldos de cuenta, número de consultas, las ratios

de deuda, los pagos a tiempo, límites de crédito, tipo de cuenta, tipo de préstamo, institución de crédito, tasas de interés y los datos de los registros públicos, informes detallados sobre los activos y pasivos, garantías y avales, vencimiento de la deuda estructura, el calendario de amortización, los registros de empleo, etc.

Un fichero positivo informa de las deudas asumidas y correctamente pagadas, aporta un patrón de comportamiento, una reputación financiera que para un arrendador es sumamente relevante.

Es preciso aclarar desde el principio que *un fichero positivo no da información sobre el concepto del gasto realizado con los fondos obtenidos a través del préstamo*. Tan solo se informa del nivel de endeudamiento. Este aspecto es relevante a los efectos de los posibles conflictos con la privacidad. Así como en los ficheros negativos solo se comparte información del deudor que ha incumplido, en los ficheros positivos se comparte información de todos los deudores con independencia de que hayan incumplido o no sus obligaciones. En un fichero negativo entran solo los deudores morosos. En un fichero positivo entran todos los clientes que tienen pasivo asumido.

Dado que al arrendador le importa conocer la solvencia de su potencial inquilino, es claro que obtendrá más información con un fichero positivo que incluye datos negativos y positivos. Conocer los ingresos del deudor es importante pero también lo es conocer su ratio de endeudamiento y esta información solo se la da un fichero positivo.

## 2.3 Los registros públicos y privados de solvencia patrimonial

Los datos de solvencia patrimonial son datos personales y de ahí que su regulación, como veremos, está supeditada al cumplimiento de esta normativa que tutela el derecho fundamental a la protección de datos personales<sup>(13)</sup>.

La entidad que recibe tal información y compila en un fichero, como ya se ha adelantado, puede ser una entidad privada también denominada *credit bureau* que elaboran con la información que reciben un informe de crédito que vende a los usuarios del sistema. El arrendador es claramente un usuario del sistema tanto como aportante de datos como demandante de informes.

---

(13) Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). artículo 20 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos y garantía de derechos digitales.

Un SIC privado se caracteriza por la *voluntariedad*. Su objetivo es recolectar, organizar y consolidar la información recibida por los prestamistas y que vende a los solicitantes autorizados que, como he dicho, son los prestamistas que a su vez aportan información y están asociados al bureau. Se nutren de información proporcionada por los acreedores (arrendadores, entidades de crédito u otros prestamistas, tarjetas de crédito o incluso de otras empresas, por ejemplo, de telecomunicaciones (*utilities*) o de fuentes accesibles al público (boletines oficiales, sentencias judiciales...) y datos hechos públicos por su titular.

Como sucede en España, los registros privados coexisten con uno público gestionado por el Banco de España y que se denomina Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE)<sup>(14)</sup>. Su principal función es supervisar al sector financiero, aunque también opera como mecanismo para proveer de información sobre la solvencia de los clientes a las entidades financieras. Esta doble funcionalidad justifica que *la información que recibe el Registro público con finalidad de supervisión es distinta de la información que comparte con otras entidades*. La CIRBE informa a entidades declarantes de operaciones cuyo riesgo acumulado es superior a 1000 euros<sup>(15)</sup>. Informa de datos negativos y positivos, con esta limitación cuantitativa.

Característica fundamental de los sistemas públicos de información crediticia es la *obligatoriedad* de las entidades financieras de aportar datos al Registro. La provisión de información es compulsiva. Ofrecen una cobertura total del sistema bancario, pero en muchos casos quedan fuera los datos aportados por otras entidades no financieras y de ahí su compatibilidad con los bureaux privados. Muchos datos de solvencia quedan fuera de la CIRBE el arrendador no puede ni reportar datos a la CIRBE porque no es entidad declarante ni tampoco puede consultarla. Por lo tanto, si el arrendador quiere saber datos de morosidad arrendaticia no podrá obtenerlos de la CIRBE. Sin embargo, es recomendable solicitar al futuro arrendatario que aporte el informe CIRBE con objeto de conocer la ratio de endeudamiento con entidades financieras. Con todo, hay que tener en cuenta que también quedan fuera de la CIRBE los datos de endeudamiento que proceden de las plataformas de financiación participativa dedica-

---

(14) Su regulación se contiene en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre de Medidas de Reforma del Sistema Financiero y la Circular 1/2013, de 24 de mayo, del Banco de España, sobre la Central de Información de Riesgos y por la que se modifica la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a las entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros. SANTILLÁN, R., 2014, pp. 407 ss.

(15) Antes era 9.000 euros y por la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio de regulación del crédito revolvente modifica, entre otras la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riesgos se redujo a 1.000 euros. Ello es una prueba de la conciencia del problema de las asimetrías de información y de la necesidad de incrementar la información positiva.



das a la mediación de préstamos (*crowdlending*). Estos «agujeros» de información hacen ineficiente a la CIRBE como modelo de registro público. Sigue quedando mucha información fuera del sistema.

## 2.4 El modelo español de sistema de información crediticia

España sigue un sistema mixto en el que coexiste un Registro público de crédito que es la Central de información de Riesgos del Banco de España con los bureaux privados. Como ya se ha adelantado, la CIRBE recoge información negativa y positiva. Las oficinas privadas de información crediticia o bureaux privados albergan información negativa, que es la única que se puede incluir sin el consentimiento del afectado. Pueden incluir información positiva con el consentimiento del afectado, circunstancia poco frecuente.

Efectivamente, el título de legitimación para el procesamiento de los datos positivos de solvencia por parte de los bureaux privados, se ha defendido y así lo sigue haciendo la Agencia de Protección de datos<sup>(16)</sup> que se requiere el consentimiento del afectado. Y ello a diferencia de los ficheros negativos en los que tal consentimiento no se exige, presumiéndose lícito su tratamiento (art. 20 LOPDy GDD)<sup>(17)</sup>.

A diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos<sup>(18)</sup> a nivel europeo no existe una normativa específica para regular el sistema de información crediticia en el ámbito del Reglamento General de Protección de datos<sup>(19)</sup> (en adelante, RGPD). Solo el artículo 20 de la Ley Orgánica de Protección de datos y garantía de derechos digitales<sup>(20)</sup> (en adelante, LOPD y GDD) se refiere a este tema, abordando una regulación de los ficheros de solvencia negativos.

El arrendador en tanto acreedor puede reportar datos a un bureau de crédito privado. Debe tratarse de deuda cierta, vencida y exigible que no haya sido impugnada por el deudo mediante reclamación administrativa o judicial o por medio de procedimiento alternativo de resolución de dispu-

(16) Agencia de Protección de Datos, Informe 028891/2019. <https://www.aepd.es/es/documento/2019-0081.pdf> (Consultado el 10 de enero de 2021).

(17) Una crítica al sistema español, CUENA CASAS, M., 2017, MAS BADÍA, M.<sup>a</sup> D., (2017).

(18) Así sucede en EEUU, en donde se aborda el problema desde una regulación sectorial (Ley de crédito justo o *Fair Credit Reporting Act* (FCRA) de 26 de octubre de 1970).

(19) Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

(20) Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos y garantía de derechos digitales.

tas vinculante entre las partes. Especialmente relevante desde el punto de vista de la protección de datos es que el acreedor haya informado al afectado en el contrato o en el momento de requerir el pago acerca de la posibilidad de inclusión en dichos sistemas, con indicación de aquéllos en los que participe.

Un importante límite a la eficacia de estos ficheros negativos es que los datos se mantienen en el sistema mientras persiste el incumplimiento, con el límite máximo de cinco años desde la fecha de vencimiento de la obligación dineraria, financiera o de crédito. Transcurrido dicho plazo, el dato negativo desaparece del sistema. Parece que se parte de que la deuda ha prescrito (art. 1964 CC) obviándose la circunstancias de que la prescripción puede haberse interrumpido.

En suma, el sistema de información crediticia español permite al arrendador acceder a datos negativos de solvencia patrimonial siempre que se hayan reportado porque el sistema es voluntario. Los acreedores no tienen obligación de informar sobre la morosidad por lo que esos datos negativos pueden ser incompletos. Los registros privados de información crediticia no informan de la ratio de endeudamiento del potencial inquilino porque no recogen información positiva. Sí recoge este tipo de información la CIRBE, pero a ella no puede acceder el arrendador quien puede como mucho solicitar el informe al potencial arrendataria. Como he dicho, esa información positiva tampoco será completa porque no todos los acreedores reportan a CIRBE.

El panorama es desolador porque ningún registro en España aporta información completa. Pero además en la práctica tampoco los particulares pueden acceder a los grandes bureaux de crédito que se rigen internamente por el criterio de reciprocidad, es decir, solo reportan datos a los acreedores que los aportan. Por lo tanto, una persona que quiere alquilar el inmueble y quiere conocer si su potencial inquilino es un moroso, no puede realmente acceder a los grandes bureaux de crédito porque no es aportante de datos. Deberá requerir al futuro inquilino a que ejercite su derecho de acceso<sup>(21)</sup>.

Este déficit de acceso a datos ha tratado de ser paliado por otras empresas<sup>(22)</sup> como es el caso de la empresa Idealista que ha creado la base de

---

(21) <https://www.aepd.es/documento/formulario-derecho-de-acceso.pdf> El acceso se realiza a través de la web de la Agencia de Protección de datos.

(22) En 2015 se creó el fichero de morosidad ICIREN (acrónimo de Inversiones Colectivas en Red) al que pueden acceder e incorporar datos particulares y empresas. Lo importante es que no opera con la regla interna de la reciprocidad y cualquier persona con interés legítimo que reúna los requisitos de acceso del artículo 20 LOPD y GDD puede acceder a los datos. Hay también que destacar el Registro de impagados judiciales (RIJ) creada por el Consejo General de la Abogacía que es una plataforma que alberga datos de morosidad judicial. Se aportan deudas ciertas, vencidas, exigibles, no inferiores a 50 €, cuya existencia o cuantía no hubiese sido objeto de reclamación administrativa o

datos de inquilinos morosos (BDMI). Permite al futuro arrendador consultar si el futuro inquilino es o no moroso y también puede el inquilino obtener un certificado de «inquilino no moroso». Se recomienda la inclusión en el contrato de una cláusula que informe al inquilino que si no paga será incluido en el fichero<sup>(23)</sup>. El informe incluye consultas a otras bases de datos<sup>(24)</sup>. Con todo, para que el sistema sea eficiente, el registro privado debe tener la mayor información posible y exacta. Los grandes bureaux de crédito no están pensados para los particulares y los arrendadores en la práctica no pueden acceder a ellos si no es a través de una entidad que tenga permitido el acceso como agencias inmobiliarias o empresas de «alquiler seguro»<sup>(25)</sup> que surgen precisamente por las dificultades que encuentran los particulares para evaluar la solvencia. Lo importante es tener en cuenta que, dados los fallos de nuestro sistema de información crediticia, tampoco estas empresas pueden hacer una correcta evaluación de la solvencia a pesar de que es «lo que venden»<sup>(26)</sup> porque chocan con un problema estructural que es la falta de flujo de datos de solvencia patrimonial.

A pesar de estas iniciativas como he señalado, los datos de solvencia negativos son insuficientes para hacer una «foto» completa sobre la solvencia del futuro inquilino dado que no que reflejan la ratio de endeudamiento real del mismo ni su comportamiento crediticio. El Derecho español pone límites al flujo de datos positivos de solvencia y ello tiene perniciosas consecuencias para el correcto funcionamiento del mercado arrendaticio. Se presume el interés legítimo en el tratamiento de datos negativos de solvencia y no en los positivos en los que de facto se exige el consentimiento del afectado<sup>(27)</sup>, lo que hace mucha más compleja su gestión dadas las exigencias impuestas por la legislación de protección de datos. Es perfectamente compatible con la legislación europea en materia de

---

judicial por el deudor o mediante un procedimiento alternativo de resolución de disputas vinculante entre las partes. Solo los abogados son los que aportan datos en nombre propio (jura de cuentas) o en nombre de sus clientes como puede ser el impago de rentas de alquiler. Cualquier persona con interés legítimo con base en la LOPD y GDD puede consultar este fichero. Un futuro arrendador puede acceder a este fichero que goza de las mismas limitaciones que todo fichero negativo, con la ventaja que no opera con criterio de reciprocidad.

(23) <https://st1.idealista.com/base-datos-inquilinos-morosos/clausula-contrato-alquiler-morosos/agencias-inmobiliarias>.

(24) <https://www.idealista.com/base-datos-inquilinos-morosos/>.

(25) <https://www.alquilerseguro.es/blog/como-funciona-alquiler-seguro-te-lo-explicamos>.

(26) La falta de transparencia y de flujo de datos de solvencia genera un nicho de mercado para estas empresas de alquiler seguro que cobran una mensualidad de renta y el 5 % de la renta mensual. Nada de esto sería preciso con un buen sistema de información crediticia.

(27) No es este el lugar para abordar todos y cada uno de los problemas que plantean los ficheros positivos de solvencia desde el punto de vista de la regulación de datos personales. *Cfr.* CUENA CASAS, M., 2017, pp. 281-416.

protección de datos que el interés legítimo sea el título de legitimación del procesamiento de datos positivos de solvencia<sup>(28)</sup>

En países como Estados Unidos, Reino Unido o Australia en los que los acreedores comparten datos de solvencia positivos, basta que el inquilino aporte un informe de crédito en el que aparece su historial crediticio positivo y negativo que refleja su reputación financiera. No todos los datos tienen el mismo peso para generar el *score*<sup>(29)</sup>. El sistema genera confianza e incentivos al buen comportamiento crediticio porque un impago daña el historial y dificulta sobremanera el endeudamiento futuro del deudor. Nada que ver con lo que sucede en España donde el dato del inquilino que no paga apenas se comparte con los grandes bureaus de crédito. Y aunque se haga, los datos claves de solvencia patrimonial quedan en manos del futuro inquilino que puede fácilmente mentir sobre su situación patrimonial.

### 3. ¿CÓMO ACTÚAN ACTUALMENTE LOS ARRENDADORES PARA EVALUAR LA SOLVENCIA DE LOS POTENCIALES ARRENDATARIOS?

La dificultad de acceder a datos de solvencia fiables de los potenciales arrendatarios tiene externalidades que contribuyen a encarecer el mercado del alquiler y haciéndolo menos rentable para el propietario.

Como ya se ha señalado, el propietario puede contratar una empresa de «alquiler seguro» que se ocupe de valorar la solvencia del inquilino, empresa que se va a encontrar con las mismas dificultades que el particular para acceder a los datos de solvencia. Aunque se pudiera acceder a los ficheros de morosidad, cualquiera que sea será incompleto porque los arrendadores no reportan datos y los negativos no alertan de la ratio de endeudamiento. Volvemos a la casilla de salida: necesitamos información positiva y por las razones apuntadas la CIRBE es insuficiente.

(28) ALONSO MARTÍNEZ, C., 2014, pp. 477-503.

(29) Así, por ejemplo, en EEUU la deuda pendiente tiene un peso de un 35%, el historial de pago un 30%, 15% la antigüedad del historial de crédito (a mayor antigüedad mejor score y de ahí el uso frecuente de las tarjetas de crédito en USA), un 10% tipo de crédito utilizado y 10% tipos de crédito usado <https://connectamericas.com/es/content/lo-que-usted-debe-saber-sobre-el-credit-scoring>.



La fianza solicitada es insuficiente para cubrir el riesgo de impago en tanto que solo cubre una mensualidad de renta en arrendamientos de vivienda. El arrendador debe exigir garantías adicionales y como he dicho, según la interpretación propuesta, el aval bancario y el depósito vienen legalmente limitados a dos mensualidades. Se hace necesario acordar un fiador solidario para el pago de la renta. Aportar este fiador no siempre es fácil para el arrendatario. Por lo tanto, la falta de flujo de datos de solvencia fiable tiene como «efecto rebote» para el arrendatario, la dificultad de acceso a la vivienda en alquiler.

Sí es recomendable que el arrendador solicite al futuro contratante que aporte el informe CIRBE en tanto que aporta información positiva, aunque como hemos visto incompleta.

Aunque formalmente los arrendadores pueden consultar ficheros de morosidad, no todos son hábiles para particulares por cuanto se rigen por criterios de reciprocidad: solo si se aportan datos, se puede consultar el fichero. El coste de los grandes ficheros es excesivo para un arrendador. Por ello en la práctica se solicita al arrendatario que aporte certificado de ausencia de morosidad<sup>(30)</sup> que ya expiden algunos portales como Idealista. Tal certificado acredita que el futuro inquilino no se encuentra en algunas bases de datos de morosidad como la base de datos de inquilinos morosos de Idealista (BDMI), Registro de impagados judiciales (RIJ), ICIREN (morosidad declarada en banca, telcos y otras entidades), ficheros de aseguradoras, ficheros de terrorismo y blanqueo de capitales<sup>(31)</sup>.

Como se puede comprobar, en ninguna de estas bases se comparte información positiva y el arrendador no tiene forma de conocer la ratio de endeudamiento real si no es a través del propio inquilino que puede mentir sin que el arrendador pueda contrastar dicha información.

Otra práctica habitual de los arrendadores para asegurarse de la solvencia del arrendatario es solicitar al arrendatario que aporte certificado expedido por su entidad financiera en el que señale que es un cliente de confianza y que tiene saldo en cuenta.

Como se puede apreciar, la situación del arrendador en España es desesperada por la ausencia de un sistema de información crediticia efectivo. Se ve obligado a contratar servicios a empresas<sup>(32)</sup> que elaboren perfiles de riesgo con escasa fiabilidad, tiene que contratar un seguro de impagos

---

(30) <https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2023/04/19/805119-nace-el-certificado-de-inquilino-no-moroso-el-documento-que-acredita-que-eres>.

(31) <https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2023/04/19/805119-nace-el-certificado-de-inquilino-no-moroso-el-documento-que-acredita-que-eres>.

(32) Algunas se atreven a «certificar» la solvencia aun a sabiendas de las asimetrías de información existentes en España. <https://garantify.com>.

con el coste que ello conlleva y que acaba encareciendo la operación o disminuyendo la rentabilidad.

En países como EEUU basta que el inquilino aporte un informe de crédito expedido por las agencias privadas de información crediticia para que el arrendador tenga un profundo conocimiento de su futuro arrendatario.

#### 4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

La información asimétrica existente en España expone al arrendador a los riesgos de selección adversa de potenciales inquilinos. En un contexto jurídico de suspensión de desahucios, limitación a la actualización de la renta arrendaticia y con una administración de justicia lenta que retrasa sobremedida el desalojo, convierte el alquiler de vivienda en una actividad sumamente arriesgada para el propietario.

Esta circunstancia sin duda influye en la decisión de sacar viviendas al mercado de alquiler y es uno de los factores que está propiciando la disminución de oferta de vivienda y su consiguiente encarecimiento.

Un mercado poco transparente es un mercado ineficiente. España tiene que dar un paso al frente y permitir el intercambio de información positiva con base en el interés legítimo del responsable del tratamiento. Hay un interés público de primer orden de favorecer el mercado arrendaticio. No es razonable que el propietario tenga que alquilar «a ciegas» y caso de que yerre en su elección se vea abocado a un proceso largo y tedioso que le impide hacer uso de su vivienda.

Detrás de las restricciones al intercambio de información positiva no hay un problema de privacidad y protección de datos, sino un problema de competencia de entidades financieras que no quieren compartir datos positivos de cumplimiento de sus buenos clientes por riesgo a que sean captados por el competidor. Un fichero negativo no informa de la ratio de endeudamiento del potencial arrendatario y carecemos de ficheros negativos con información completa del arrendatario. Los grandes bureaux de crédito ponen muchos obstáculos a la transparencia del mercado por la norma interna de la reciprocidad. Sujetos que no aportan datos deberían poder consultar los grandes bureaux de crédito (Equifax y Badescug Experian). La norma interna de la reciprocidad produce efectos perniciosos en el sistema.

La sociedad debe tener conocimiento de las ventajas que tiene compartir información y deben incluirse en los contratos de arrendamiento la cláusula que informa al arrendatario de que su eventual incumplimiento será reportado a ficheros de solvencia patrimonial.

España necesita una regulación específica de datos de solvencia patrimonial que proteja el derecho fundamental a la protección de datos y a su vez permita introducir transparencia en el mercado. La seguridad jurídica es clave para que el mercado arrendaticio funcione. No deben limitarse las garantías que puede solicitar el arrendador y debe suprimirse la suspensión de desahucios, asumiendo el Estado el importante reto de satisfacer la necesidad de vivienda a los colectivos vulnerables.

La realidad es que un error en la evaluación de la solvencia puede provocar la pérdida del derecho de crédito del arrendador si el arrendatario se declara en concurso de acreedores y solicita la exoneración del pasivo insatisfecho. Si el arrendatario es vulnerable, además el propietario tendrá serias dificultades para recuperar la posesión del inmueble.

Los riesgos son demasiado altos y el mercado se corrige solo: se reduce drásticamente la oferta con el consiguiente aumento de precio o, caso de sacar al mercado la vivienda, el arrendador subirá el precio para llegar a colectivos pudientes. El que más lo necesita no va a acceder a la vivienda y esto es un auténtico drama. Necesitamos transparencia en el flujo de datos de solvencia patrimonial si queremos que aumente la oferta y bajen los precios. Esta es la conclusión principal de este trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO MARTÍNEZ, C., *Propuesta de reglamento europeo de protección de datos personales y ficheros de solvencia*, en Cuenca Casas, M., y Prats Albentosa, L., (Coord.) Thomson Aranzadi, 2014, pp. 477-502.
- ATAZ LÓPEZ, «Comentario al artículo 35 LAU. La fianza», en *Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos dirigidos por R. Bercovitz*, 2013.
- COLINA GAREA R., «Los seguros de protección de alquileres o de alquileres de viviendas: perspectiva desde la reforma» en Rafael Colina Garea (Dir.), 2014, pp. 425-551.
- CUENA CASAS, M., «Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito», *InDret* 3.2017.
- «Ficheros positivos de solvencia, privacidad y mercado de crédito», en Cuenca Casas (Dir.), *La prevención del sobreendeudamiento privado: Hacia un préstamo y consumo responsables*, pp. 281-416.
- MAS BADÍA, M.<sup>a</sup> D., «Los ficheros de solvencia patrimonial en la proyectada nueva Ley de protección de datos de carácter personal ¿Un avance o una oportunidad perdida?», *Revista Actualidad Civil*, núm. 11, 2017, pp. 90 ss.
- MOLINA ROIG, E., *La nueva regulación para los arrendamientos de vivienda en contexto europeo*, Tirant lo blanch, Valencia 2018, p. 634 ss.



- MONTES, F., «Sistemas de información crediticia. Principios generales y marco internacional», en «Préstamo responsable y ficheros de solvencia», coordinado por Cuenca Casas, M y Prats Albentosa, Cizur Menor, 2014, pp. 245-308.
- NASARRE AZNAR, S., «La eficacia de la Ley 4/2013, de reforma de los arrendamientos urbanos, para aumentar la vivienda en alquiler en un contexto europeo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 747, 2015, pp. 205-249.
- PASCUAL HUERTA, P., «Definición, funciones y estructura de los sistemas de información crediticia. El impacto del Reglamento de protección de datos de la Unión Europea», en Cuenca Casas, M., *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsable*, Thomson Aranzadi, 2017, pp. 121-252.
- SANTILLÁN, R., Reglas de funcionamiento de la central de información de riesgos del Banco de España (CIRBE), Cuenca Casas, M., y Prats Albentosa (Coord.), *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, 2014, pp. 407-476.



## B. LA TENENCIA ARRENDATICIA

### B.4 Examen crítico de las últimas reformas legales sobre la regulación de arrendamientos de vivienda \*

**Alejandro Fuentes-Lojo Rius**

*Vocal de la Comisión de Codificación de Cataluña*

*Profesor de la Universitat Oberta de Catalunya*

*Abogado*

*a.fuenteslojo@fuenteslojo.com*

**Resumen:** *Análisis crítico de las últimas reformas de la Ley de Arrendamientos Urbanos por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler y por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda, relativas a la regulación de los contratos de arrendamiento de vivienda.*

**Palabras clave:** *prórroga legal, renta legal, arrendamiento de vivienda, gran tenedor de viviendas, publicidad legal, estabilidad, desahucios, derecho de propiedad, conflicto de normas, arrendamientos urbanos, zona de*

---

\* Este trabajo forma parte del proyecto de investigación «La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y multidisciplinar», PID2021-124953NB-I000 de Universidad Complutense de Madrid.

*mercado residencial tensionado, ocupante ilegal, parque de vivienda, derecho de vivienda.*

**Abstract:** *Critical analysis of the latest amendments to the Urban Lease Law by the Royal Decree-Law 7/2019, of 1 March, adopting urgent measures on the subject of housing and lease, and by the Law 12/2023, of 24 May, for the Right to Housing, relative to the regulation of Housing Lease Agreements.*

**Keywords:** *legally determined lease extension, legally determined rent, housing lease, great housing proprietor, legal publicity, stability, evictions, right to property, conflict of rules, urban leases, stressed residential market zone, illegal occupant, housing stock, right to housing.*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La duración del contrato de arrendamiento de vivienda y la estabilidad del arrendatario. 3. La introducción de un sistema de renta legal. 4. La figura del gran tenedor de viviendas. 5. La limitación de las garantías de cobro: fianza y las garantías adicionales. 6. La suspensión de los desahucios. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años hemos sufrido una alarmante inflación legislativa en materia de arrendamientos urbanos, especialmente por lo que respecta a los arrendamientos de vivienda.

Tras la liberalizadora reforma de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, se han sucedido dos relevantes reformas de la Ley de Arrendamientos Urbanos muy próximas en el tiempo, ambas marcadas por un gran proteccionismo del arrendatario.

La primera de ellas data del año 2019, con motivo de la aprobación del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (si bien la mayoría de las medidas ya fueron aprobadas en 2018 con motivo de la aprobación del derogado RD Ley 21/2018)<sup>(1)</sup>.

La reforma más reciente y de mayor calado jurídico data de 2023 y tiene lugar con motivo de la aprobación de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda.

---

(1) FUENTES-LOJO RIUS, A. (2019), *Diario La Ley* (1 feb.), *passim*.

La Ley 12/2023 contiene una batería de medidas de protección del arrendatario de vivienda habitual, que han incrementado el régimen tuitivo de la Ley de Arrendamientos Urbanos, más allá de la reforma operada por el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

Como veremos a continuación, con estas últimas reformas, el legislador ha cometido los mismos errores del pasado en materia de arrendamientos urbanos, perpetuando así el indeseable carácter «pendular» de la LAU.

Debe iniciarse una sosegada y meditada reforma integral de la LAU que garantice un adecuado equilibrio entre los intereses de arrendador y arrendatario que sirva para maximizar la reducida tasa de alquiler de vivienda en España, y que no venga acuciada por las necesidades coyunturales de nuestro país y, por tanto, que tenga vocación de permanencia y perdurabilidad en el tiempo.

## 2. LA DURACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA Y LA ESTABILIDAD DEL ARRENDATARIO

A nuestro juicio, la voluntad inicial del legislador de la reforma del RD Ley 7/2019 era loable, pues consistía en dismantelar la reforma de la Ley 4/2013 en aras de dotar de una mayor estabilidad al arrendatario de vivienda. No debemos olvidar que, a pesar de los pomposos términos utilizados en la Exposición de Motivos de la Ley 4/2013, dicha reforma legal facilitó que las entidades bancarias pudieran vender los activos inmobiliarios acumulados por la crisis hipotecaria española de forma ágil y evitando las pérdidas de valor inherentes a la venta de un activo inmobiliario con ocupante. Para ello, se previó en su artículo 7.2 de la LAU el principio de oponibilidad registral del artículo 32 de la LH, de tal forma que si el arrendatario no tenía su título inscrito en el Registro de la Propiedad el contrato de arrendamiento se extinguía *ope legis* en caso de enajenación voluntaria (compraventa) o forzosa (ejecución hipotecaria), aunque si bien siendo matizado, aunque de forma un tanto confusa, por el nuevo redactado del artículo 14 de la LAU en cuanto a las enajenaciones voluntarias<sup>(2)</sup>. La reforma de 2013 no sirvió para alcanzar la finalidad pretendida de dinamizar el mercado de alquiler de vivienda, tal como algunos ya avanzaron [QUICIOS MOLINA, S. (3)], no generando un incremento de la oferta

---

(2) COLÁS ESCANDÓN, A. M.<sup>a</sup>, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.) (2013), p. 511.

(3) QUICIOS MOLINA, S. (2012), *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, *passim*.

arrendaticia de vivienda –en 2013, el mercado del alquiler de vivienda en España representaba el 22,3 %, y en 2016, el 22,2 %; mientras que la media europea del año 2016 estaba en el 30,7 % <sup>(4)</sup>–. Por el contrario, dicha reforma sirvió para precarizar el mercado arrendaticio de viviendas, mediante la estandarización de contratos de una duración insuficiente para dotar al domicilio familiar de la mínima estabilidad necesaria para garantizar un adecuado acceso a la vivienda por la tenencia arrendaticia, provocando efectos inflacionarios en el mercado de alquiler residencial e imposibilitando el acceso del ciudadano a la vivienda –el precio del alquiler de vivienda aumentó en España en 2017 un 8,9 % <sup>(5)</sup>, mientras que el salario medio anual por persona creció solo un 0,4 %–.

La reforma del RD Ley 7/2019 eliminó el artículo 7.2 de la LAU, que establecía el sistema de publicidad registral (art. 32 de la LH) en materia de arrendamientos urbanos, y que friccionaba con la redacción de los artículos 13 y 14 de la misma norma que, por el contrario, aludían al tercero hipotecario de buena fe (art. 34 de la LH).

Mediante la aprobación del RD Ley 7/2019, se modificó también la redacción de los artículos 13 y 14 de la LAU, para volver al sistema de publicidad anterior a la reforma de la Ley 4/2013 durante el plazo de la prórroga legal del contrato del artículo 9 de la LAU (que pasó a ser de cinco años para el arrendador persona física y de siete años para el arrendador persona jurídica).

Si bien hubo un consenso entre los expertos que participamos en la redacción de este nuevo texto legal respecto de la importancia de terminar de forma definitiva con la aplicación del principio de venta quita renta (art. 1.571 del CC) en los arrendamientos de vivienda, finalmente los intereses corporativos ajenos a los del ciudadano no lo hicieron posible. El principio de publicidad legal no ha terminado extendiéndose a toda la duración del contrato, como hubiera sido deseable. Así pues, si bien tras la reforma de 2019 ya no es necesario inscribir el contrato de arrendamiento de vivienda en el Registro de la Propiedad para que tenga efectos frente a terceros por sus primeros cinco años de duración, o siete si el arrendador es persona jurídica, sí que es necesario inscribirlo para que tenga eficacia por el resto de la duración pactada.

Esta es una de las pocas medidas positivas de la reforma de 2019 de la LAU.

La ampliación del período de prórroga legal más allá de cinco o siete años del artículo 9 de la LAU es una medida que ha sido reclamada por gran parte de la doctrina científica [NASARRE AZNAR, S.; MOLINA ROIG, E., y

(4) Datos de *Eurostat*.

(5) Informe elaborado por [www.fotocasa.es](http://www.fotocasa.es).

SIMÓN MORENO, H. (6)] para garantizar una mayor estabilidad en esta forma de tenencia. Eso sí, es muy relevante que dicha medida se compense con la previsión de un *numerus clausus* de causas de resolución del contrato, similar al que recogía el TRLAU de 1964, para dotar de flexibilidad a la regulación en favor del arrendador.

La Ley 12/2023 mantiene la duración de las prórrogas legales de los artículo 9 y 10 de la LAU en los términos del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, y añade en los recién creados apartados 2 y 3 del artículo 10 dos nuevas prórrogas extraordinarias con la finalidad de ampliar la duración mínima de los contratos de arrendamiento de vivienda en determinadas circunstancias: cuando el arrendatario sea una persona vulnerable, cuando el arrendador sea un gran tenedor de viviendas, y cuando la vivienda se ubique en una zona de mercado residencial tensionado.

Al margen del defecto de ubicación sistemática de la regulación de estas nuevas prórrogas legales extraordinarias obligatorias para el arrendador que se incardinan erróneamente en el precepto legal que regula la prórroga legal tácita (art. 10 de la LAU), debemos manifestar que la dicción de la norma genera confusión sobre su aplicabilidad. Esta declara que el arrendatario podrá solicitar la aplicación de estas nuevas prórrogas «[e]n los contratos de arrendamiento de vivienda habitual sujetos a la presente Ley en los que finalice el periodo de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1, o el periodo de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1», de tal forma que no se contempla su aplicación cuando no operen las prórrogas legales por haberse pactado una duración contractual igual o superior a dichos plazos legales.

A nuestro juicio, se trata de una exclusión involuntaria del legislador, ya que la interpretación literal de la norma resulta contraria a su espíritu, consistente en dar mayor estabilidad a los arrendatarios más necesitados de protección, con independencia de cuál haya sido el plazo contractual pactado. Por tanto, a nuestro parecer, hay que entender que estas nuevas prórrogas también podrán invocarse antes del vencimiento de contratos que estén en plazo de duración contractual (no legal).

También induce a confusión al operador jurídico que se haga referencia a que estas nuevas prórrogas puedan invocarse tanto antes de la finalización de las prórrogas legales obligatorias (art. 9 de la LAU) como antes de las prórrogas legales tácitas (art. 10.1 de la LAU), pues en cuanto que, de conformidad con la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 12/2023, solo operan para contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de tal ley, no tiene sentido que se contemple su operativa tras la

---

(6) NASARRE AZNAR, S.; MOLINA ROIG, E., y SIMÓN MORENO, H., (2018), pp. 78 ss.

prórroga legal tácita si ya se pudo hacer valer por el arrendatario antes del vencimiento de las prórrogas legales obligatorias. No parece que la voluntad del legislador sea dar una segunda oportunidad al arrendatario «despistado» que olvidó invocar las nuevas prórrogas legales a tiempo, sino más bien un defecto de técnica legislativa por falta de conocimiento sobre la compleja operatividad de las prórrogas legales de la LAU de 1994<sup>(7)</sup>.

### 3. LA INTRODUCCIÓN DE UN SISTEMA DE RENTA LEGAL

La Ley 12/2023 faculta a las Comunidades Autónomas para introducir un sistema de renta de carácter legal en zonas de mercado residencial tensionado, habilitándolas para definir, de manera específica y adaptada a su territorio, su propio índice de referencia de precios de alquiler.

Esta es la medida más controvertida de la Ley 12/2023.

Conviene traer a colación que las políticas de control de rentas en materia arrendaticia se aplicaron en España durante la primera mitad del siglo xx (Decretos de 29 de diciembre de 1931, de 21 de enero de 1936, de 31 de diciembre de 1946 y de 13 de abril de 1956), hasta la entrada en vigor del conocido TRLAU de 1964 que estableció la libertad de pacto de rentas<sup>(8)</sup>. Ni siquiera la proteccionista Ley del 64 contempló un sistema de renta de carácter legal, rigiéndose dicha normativa especial de arrendamientos urbanos por la libertad contractual. Lo que sucedió en su día con los denominados contratos de renta antigua es que el Gobierno incumplió el mandato legal de actualizar la renta para adaptarla al incremento del coste de la vida. En la práctica, ello comportó la «congelación» de los alquileres pactados en muchos contratos durante treinta años, quebrando así la conmutatividad de las prestaciones del negocio jurídico. El resultado de dicha política proteccionista de vivienda fue la retracción de la oferta de viviendas para el arriendo, desplomándose el parque de vivienda en alquiler en España del 51,3 % en 1950 al 11,5 % en 2001, y dejándonos un mercado arrendaticio en estado casi ruinoso por falta de incentivos para realizar obras de conservación y mejora.

Similares externalidades negativas presagiamos fruto de esta política excesivamente intervencionista en materia de vivienda.

La incorporación de un sistema de renta legal en el mercado de alquiler de residencia constituye una medida excesivamente invasiva de la

(7) FUENTES-LOJO RIUS, A. (2023), *Revista Actualidad Civil*, núm. 6 (jun.), *passim*.

(8) FUENTES-LOJO RIUS, A. (2019), *Revista Actualidad Civil*, núm. 2 (feb.), *passim*.

autonomía privada en un sector muy sensible, perjudicando la oferta del parque de vivienda en arrendamiento.

En su lugar, una medida fundamental que debería adoptarse de manera urgente es fomentar el parque social de vivienda, que actualmente representa un escaso y vergonzoso 1 a 2,5 % del total del parque de vivienda, siendo uno de los más bajos de Europa.

Hay que ser muy cautos y quirúrgicos para garantizar el justo y sensible equilibrio entre dos bienes jurídicos de protección reforzada en liza –el derecho de propiedad y el derecho de vivienda–, pues la implementación de medidas legales de esta naturaleza entraña el riesgo de hacer irreconocible el derecho de propiedad privada.

En ningún caso, la traducción institucional de tales exigencias colectivas puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho de propiedad (STC 89/1994, de 17 de marzo, Voto Particular).

Hasta la fecha, este sistema de control de rentas tan solo se aplica en Cataluña. El día 15 de marzo de 2024 se publicó en el BOE la Resolución de 14 de marzo de 2024, de la Secretaría de Estado de Vivienda y Agenda Urbana, por la que se determina el sistema de índices de precios de referencia a los efectos de lo establecido en el artículo 17.7 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, juntamente con la Resolución de 14 de marzo de 2024, de la Secretaría de Estado de Vivienda y Agenda Urbana, por la que se publica la relación de zonas de mercado residencial tensionado que han sido declaradas en virtud del procedimiento establecido en el artículo 18 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, en el primer trimestre de 2024. Se cumplimentaron así los trámites administrativos que estaban pendientes para que entraran en vigor las nuevas limitaciones en el pacto de la renta previstas en los apartados 6 y 7 del artículo 17 de la LAU para arrendamientos de vivienda ubicados en zonas de mercado residencial tensionado que introdujo la reforma de la Ley 12/2023<sup>(9)</sup>. Si bien el *Departament de Territori de la Generalitat de Catalunya* ya dictó en su día la Resolución TER/2940/2023, de 11 de agosto de 2023, por la que se declaran como zonas de mercado residencial tensionado varios municipios de su ámbito territorial (DOGC núm. 8984), que fue modificada por Resolución TER/800/2024, de 13 de marzo, (DOGC núm. 9122), estaba pendiente que se dictaran las correspondientes Resoluciones ministeriales que recogieran la relación de zonas de mercado residencial tensionado declaradas en la Comunidad Autónoma de Cataluña, trámite exigible previsto en el artículo 18.2.c) de la Ley 12/2023.

---

(9) FUENTES-LOJO RIUS, A. (feb. 2024), *Revista de Derecho Inmobiliario*, *passim*.

A la vista de todo lo anterior, debemos tener en cuenta que los nuevos límites en el pacto de la renta de los apartados 6 y 7 del artículo 17 de la LAU solamente son de aplicación a aquellos contratos de arrendamiento de vivienda ubicados en zonas de mercado residencial tensionado que hayan nacido con posterioridad al 16 de marzo de 2023, fecha en que entraron en vigor las resoluciones ministeriales de aprobación de la zona de mercado tensionado de 140 municipios de Cataluña y de aprobación del índice de precios de alquiler de vivienda.

La deficiente técnica legislativa de la Ley 12/2023 ha generado varios interrogantes interpretativos sobre la aplicabilidad de los nuevos límites en el pacto de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda ubicados en zonas de mercado residencial tensionado que pueden generar dudas al operador jurídico sobre cuál es el límite de renta en estos nuevos contratos; o, incluso, si operan dichos límites en determinados casos.

A modo ilustrativo, se suscita la cuestión de si la limitación en el pacto de la renta prevista en el artículo 17.6 de la LAU opera cuando el contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente durante últimos cinco años sea un contrato de renta antigua, sujeto al llamado Decreto Boyer –de fecha anterior a 1 de enero de 1995–, un contrato de alquiler social de la Ley 24/2015, o un contrato que hubiera estado sujeto a un régimen de protección oficial pero hubiera perdido vigencia dicha protección, pues la letra de la norma no hace distinción alguna: formula solo una referencia genérica al «contrato de arrendamiento de vivienda habitual».

Si bien la memoria justificativa de la Resolución TER/2940/2023, de 11 de agosto de 2023, por la que se declaran como zonas de mercado residencial tensionado varios municipios de su ámbito territorial (DOGC núm. 8984), declaró que este límite no era de aplicación en estos casos, y que era aplicable en su lugar el límite del artículo 17.7 de la LAU, esta previsión se eliminó en la nueva memoria de la Resolución TER/800/2024, de 13 de marzo (DOGC núm. 9122), que modificó y dejó sin efecto la Resolución anterior. Aun cuando dicha Memoria no tenía valor normativo, constituía un criterio hermenéutico sobre la norma legal que debía tenerse en cuenta.

A nuestro juicio, y haciendo una interpretación teleológica de la norma, no tendría sentido interpretar que en estos casos hay que estar a la renta «congelada» o irrisoria del contrato anterior para fijar el límite de la renta del nuevo contrato, pues ello comportaría en la práctica perpetuar aquellos contratos que tienen una renta muy por debajo de mercado, en beneficio incluso de terceros distintos a los arrendatarios de dichos contratos antiguos, así como desincentivar a la propiedad de la puesta en el mercado de alquiler de estos activos.





Conforme a los principios exegéticos de nuestro Código Civil, no procede hacer una interpretación gramatical o taxativa de la norma que sea contraria a su espíritu. A mayor abundamiento, y atendiendo a la ubicación sistemática del precepto, debemos tener en cuenta que se trata de una reforma legal de la LAU de 1994; en particular, de su artículo 17.6. Por ello, no es de extrañar que la norma no haya especificado que los contratos anteriores deben ser arrendamientos sujetos a la LAU del 94, en la medida en que se trata de una ley especial que regula estos contratos de arrendamientos de vivienda, que no los celebrados con anterioridad a 1 de enero de 1995 y demás sujetos a otras normativas legales.

De tal forma, en estos casos, y en la línea de interpretación de la Memoria de la Resolución TER/2940/2023, de 11 de agosto de 2023, es como si no hubiera existido contrato de arrendamiento anterior y, por tanto, rige el límite máximo del precio aplicable conforme al sistema de índices de precios de referencia. Tampoco tendría sentido interpretar que estos nuevos contratos de alquiler quedaran en una suerte de limbo legal y no tuvieran que sujetarse a límite alguno –tampoco al del artículo 17.7 de la LAU–, pues se trata de viviendas ubicadas en zonas de mercado residencial tensionado, y ello generaría un efecto perturbador y arbitrario en el parque de viviendas en alquiler indeseado por el legislador.

Otra cuestión interpretativa dudosa que hay que tener en cuenta es la relativa a la forma de calcular el límite en el pacto de la renta que establece el artículo 17.6 de la LAU, que declara literalmente que «la renta pactada al inicio del nuevo contrato no podrá exceder de la última renta de contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, una vez aplicada la cláusula de actualización anual de la renta del contrato anterior».

La primera cuestión que se suscita es si hay que estar a la renta pactada en el contrato anterior o a la última exigible en el momento de extinción de dicho contrato. En otras palabras, si se deben tener en cuenta las actualizaciones se hayan aplicado durante la vigencia del contrato a la renta pactada inicialmente. En segundo lugar, y ligada a la cuestión anterior, si la actualización debe hacerse sobre la renta inicial del contrato o sobre la última renta exigible. Y por último, si la actualización por aplicar es la que se haya pactado en el contrato o se ha de estar a las limitaciones en la actualización de la renta previstas en el artículo 46 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

A nuestro parecer, hay que estar a la última renta exigible del contrato anterior, ya que la norma se refiere de forma expresa a la «última renta» y, cuando se actualizan los alquileres, la actualización aplicada se consolida

en el importe de la renta, por lo que es más renta a todos los efectos. Sobre el importe de la última renta exigible se deberán aplicar las actualizaciones pactadas en dicho contrato para el cálculo del límite de la renta hasta la fecha del nuevo contrato, como si se tratara de una prórroga del contrato anterior, en vez de haberse pactado un nuevo contrato.

Esta interpretación es la que mejor se adecúa al espíritu de la norma, pues la finalidad de este límite en el pacto de la renta es evitar que se produzcan incrementos en el precio de alquiler de estas viviendas, pero sin desincentivar al arrendador. Se le permite así obtener la rentabilidad que ya venía percibiendo con anterioridad, y evitando que las rentas queden «congeladas» por el efecto de la inflación.

Por lo que respecta al cálculo de dichas actualizaciones, hay que estar exclusivamente a lo pactado en el contrato anterior, no siendo de aplicación las limitaciones extraordinarias previstas en el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, pues la norma no establece que para el cálculo de este límite en el pacto de las nuevas rentas haya que aplicar estas limitaciones extraordinarias de actualización. A estos efectos, no debe confundirse una norma prevista para limitar la actualización de una renta con una norma prevista para fijar el límite de la renta, pues es distinto el ámbito objetivo de estas normas legales.

#### 4. LA FIGURA DEL GRAN TENEDOR DE VIVIENDAS

Durante los últimos años, el legislador español ha acuñado una nueva figura jurídica en la regulación sobre arrendamientos urbanos, con la que todo operador jurídico que lidie con asuntos de esta especialidad debe estar sobradamente familiarizado: el gran tenedor de viviendas.

Si bien el RD Ley 7/2019 ya modificó la Ley de Arrendamientos Urbanos para introducir un tratamiento jurídico diferenciado del arrendador en función de si es persona física o jurídica –penalizando de esta forma al arrendador persona jurídica con la obligación de soportar una prórroga legal del contrato de mayor duración, de siete años en vez de cinco– (art. 9), no fue hasta que irrumpió la pandemia de la COVID-19 en nuestro país que se introdujo la figura del gran tenedor de viviendas.

La batería de medidas previstas en los Reales Decretos-leyes 11/2020 y 15/2020, consistentes en moratorias en el pago de la renta de arrendamientos de vivienda y de locales de negocio golpeados por la crisis sanitaria, y en la suspensión temporal de procesos desahucio de familias en situación de vulnerabilidad económica, contemplaron esta novedosa figura jurídica. En concreto, en esta normativa de carácter coyuntural, se definió

el concepto de gran tenedor de viviendas en los siguientes términos: «persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m<sup>2</sup>».

Nótese que el concepto de gran tenedor contenido en dicha normativa es idéntico al de la definición legal plasmada en el artículo 3.k) de la Ley 12/2023; pero el hecho de que se recoja en una normativa de carácter estructural o marco como es la Ley estatal por el Derecho a la Vivienda confirma la voluntad del legislador de otorgar un gran protagonismo a esta figura jurídica en nuestro derecho privado, dejando de tener el carácter accesorio que inicialmente tuvo en tiempos de pandemia.

Hasta aquí, la controversia jurídica giraba alrededor de los matices de la definición legal de gran tenedor de viviendas prevista en la Ley 12/2023, dada su excesiva parquedad e imprecisión. Se generó así un intenso debate jurídico sobre cuestiones de interés práctico como si tienen la condición de gran tenedor las comunidades de bienes<sup>(10)</sup>, si deben computarse las cuotas de copropiedad sobre una vivienda, si debe contarse el derecho de usufructo o la nuda propiedad, si deben incluirse conjuntamente las viviendas que son titularidad de varias sociedades que forman parte de un grupo empresarial, etc.<sup>(11)</sup>

La verdadera problemática interpretativa sobre el concepto de gran tenedor de viviendas se produce cuando se debe cohonestar la definición legal dada por la Ley 12/2023 con la normativa autonómica correspondiente en materia de vivienda, dando pie a un conflicto de normas.

Al respecto conviene recordar que, en materia de vivienda, se produce una situación de concurrencia de competencias estatales y autonómicas. Si bien esta materia es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas (art. 148.1.3.<sup>a</sup> de la CE), el Estado tiene reservados los títulos competenciales relativos a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales (art. 149.1.1.<sup>a</sup> de la CE) y las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.<sup>a</sup> de la CE), concurriendo o insertándose estas competencias transversales u horizontales en el ámbito material de la vivienda (SSTC 65/2020, FJ 7; 188/2001, FJ 6; y 111/2012, FJ 5)<sup>(12)</sup>.

Comporta así la aprobación de Ley 12/2023 un límite a la diversidad regulatoria que pueden introducir los legisladores autonómicos en materia de vivienda. El legislador estatal, consciente de esta concurrencia

(10) FUENTES-LOJO RIUS, A. (Coord.) (2023), *Revista Actualidad Civil* núm. 7 (jul.).

(11) FUENTES-LOJO RIUS, A. (2023), *Práctica de Tribunales*, núm. 163 (jul.), *passim*.

(12) FUENTES-LOJO RIUS, A. (2022), *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 3, *passim*.

competencial, dispuso en el apartado primero del artículo 3 de la Ley 12/2023 que las definiciones legales contenidas lo son «[a] los efectos de lo dispuesto en esta ley, y en tanto no entre en contradicción con las reguladas por las administraciones competentes en materia de vivienda, en cuyo caso, y a los efectos de su regulación, prevalecerán aquéllas».

En particular, respecto de la definición de gran tenedor de viviendas, dispuso que «podrá ser particularizada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado hasta aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la comunidad autónoma en la correspondiente memoria justificativa». En este sentido, declara en el preámbulo de la Ley, que

*[e]n este contexto, se entiende la definición de carácter general del concepto de «gran tenedor», como la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m<sup>2</sup>, en los términos ya recogidos en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, acotándose en el texto de la ley a aquellos inmuebles y superficie que sea de uso residencial. Si bien, se especifica que tal definición general podrá ser particularizada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado, pudiendo alcanzar a titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial que estén ubicados en dichos entornos. En todo caso, las definiciones recogidas en la ley se establecen a los efectos de lo dispuesto en la propia ley, respetando en todo caso las definiciones existentes o las que pudieran adoptarse en el marco de las legislaciones de las comunidades autónomas sobre esta materia.*

Como decíamos, el ejercicio autonómico de la competencia en materia de vivienda puede estar condicionado por medidas estatales, que en ejercicio de una competencia propia y diferenciada pueden desplegarse autónomamente sobre dicho campo material (STC núm. 143/2012, FJ 3). Eso sí, estas habilitaciones del legislador estatal deben interpretarse restrictivamente, so riesgo de vaciar de contenido la competencia material autonómica [SSTC núm. 143/2012, FJ 3, y núm. 154/2013, FJ 5 b)].

El legislador catalán ha regulado su propia figura de gran tenedor en múltiples normativas en materia de vivienda, la primera de las cuales data de 2015, anudando año tras año nuevas cargas jurídicas a los propietarios de esta condición que limitan su derecho de propiedad (Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el

ámbito de la vivienda y la pobreza energética; Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial; Ley 1/2023, de 15 de febrero, de modificación de la Ley 18/2007, del derecho a la vivienda, y del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, en relación con la adopción de medidas urgentes para afrontar la inactividad de los propietarios en los casos de ocupación ilegal de viviendas con alteración de la convivencia vecinal; y la Resolución TER/800/2024, de 13 de marzo, por la cual se modifica la Resolución TER/2940/2023, de 11 de agosto, por la cual se declaran zona de mercado residencial tensionado diversos municipios, de conformidad con la Ley estatal 12/2023, de 14 de mayo, por el derecho a la vivienda).

El concepto de gran tenedor contenido en el artículo 5.9 de la Ley catalana 24/2015, el cual versa sobre la obligación de ofrecimiento de alquiler social a ocupantes de vivienda en situación de vulnerabilidad económica difiere del estatal en tanto que excepciona de dicha condición a (i) los promotores sociales; (ii) las personas físicas o jurídicas que tengan más de un 15 % de la superficie habitable de la propiedad calificado como viviendas de protección oficial destinadas a alquiler; y (iii) las entidades privadas sin ánimo de lucro que proveen de vivienda a personas y familias en situación de vulnerabilidad residencial. Y, no menos importante, respecto de las personas físicas, establece que para tener la condición de gran tenedor debe uno ser titular de más de quince viviendas, y no de más de diez viviendas como declara la norma estatal. Reitero: solamente respecto de las personas físicas es más magnánimo el legislador catalán.

Por lo que respecta al concepto de gran tenedor contemplado en la Resolución catalana de declaración de zona de mercado residencial tensionado de 140 municipios, se remite de forma expresa al artículo 3.k) de la Ley 12/2023, pero matizando que también se considerará gran tenedor de viviendas a «la persona física o jurídica que sea titular de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados dentro de la zona de mercado residencial tensionado».

A pesar de los esfuerzos del legislador estatal por tratar de resolver este conflicto de normas declarando que debe prevalecer en todo caso la regulación autonómica, esta disparidad normativa sobre el concepto de gran tenedor de viviendas está generando un grave confusionismo e incipiente litigiosidad en los tribunales. En aras de mitigar la litigiosidad sobre la materia, a 9 de febrero de 2024 se dictó un Acuerdo de Unificación de Criterios de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Barcelona, considerando que el Instituto Catalán del Suelo y la Agencia Catalana de Vivienda no tienen la condición de grandes tenedores de vivienda

en aplicación del concepto de gran tenedor contenido en el artículo 5.9 de la Ley catalana 24/2015, no estando pues obligadas a realizar los trámites del artículo 439.6 y 7 de la LEC con carácter previo a la interposición de una demanda de desahucio o de recuperación posesoria.

Si bien los Acuerdos de Unificación de Criterios no tienen carácter vinculante (art. 264.3 de la LOPJ), constituyen medidas imprescindibles para garantizar la seguridad jurídica del sistema y la tutela judicial efectiva, además de ser un instrumento eficaz para evitar la litigiosidad.

Más recientemente, ha recaído el primer precedente jurisprudencial sobre la materia, el Auto núm. 40/2024, de 29 de febrero, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13.<sup>a</sup>, que declara que la Agencia Catalana de Vivienda no tiene la condición de gran tenedor. Dicho Auto estima el recurso de apelación contra el que había inadmitido la demanda de desahucio por falta de pago por no haberse cumplido los requisitos de procedibilidad previstos en el artículo 439.6 y 7 de la LEC, dejándolo sin efecto, y obligando al Juzgado de Primera Instancia a resolver de nuevo sobre la admisión de la demanda, teniendo en cuenta lo resuelto en la alzada.

El citado Auto sigue la tesis del Acuerdo de Unificación y considera que es de aplicación el concepto de gran tenedor previsto en la Ley catalana 24/2015, sin que sea óbice para ello que el artículo 5.9 defina dicho concepto «a los efectos de esta ley», ni que el artículo 439 de la LEC se remita a la definición contenida en la Ley 12/2023, pues tanto la ley autonómica como la estatal se destinan a procurar la satisfacción del derecho a acceder y disfrutar de una vivienda digna y adecuada, y en tanto que en Cataluña la legislación autonómica excluye a los promotores sociales de vivienda la condición de gran tenedor. Declara el Auto que, si el legislador catalán ha establecido una definición de gran tenedor de vivienda que matiza o difiere de la contemplada por el legislador estatal, ha de prevalecer la definición autonómica sobre la estatal.

En síntesis, y de conformidad con la tesis jurisprudencial expuesta, para determinar si un propietario tiene la condición de gran tenedor habrá que estar a la definición prevista por la normativa autonómica correspondiente en materia de vivienda y, en su defecto, por el artículo 3.k) de la Ley 12/2023. A día de hoy, solamente Cataluña ha desarrollado el concepto de gran tenedor de viviendas, por lo que en el resto de las Comunidades Autónomas se aplicará la definición de gran tenedor prevista en la normativa estatal. Y en Cataluña, las particularidades por tener en cuenta se pueden resumir de la siguiente forma: (i) es gran tenedor la persona jurídica que sea titular de cinco o más viviendas ubicadas en los 140 municipios catalanes declarados como zona de mercado residencial tensionado, o más de diez viviendas en todo el territorio español; (ii) es gran

tenedor la persona física que sea titular de cinco o más viviendas ubicadas en los 140 municipios catalanes declarados como zona de mercado residencial tensionado, o más de quince viviendas en todo el territorio español; y (iii) en ningún caso tienen la condición de gran tenedor los promotores sociales, las personas físicas o jurídicas que tengan más de un 15 % de la superficie habitable de la propiedad calificado como viviendas de protección oficial destinadas a alquiler, y las entidades privadas sin ánimo de lucro que provean de vivienda a personas y familias en situación de vulnerabilidad residencial.

## 5. LA LIMITACIÓN DE LAS GARANTÍAS DE COBRO: FIANZA Y LAS GARANTÍAS ADICIONALES

El legislador de 2019 (RD Ley 7/2019) introdujo en el artículo 36.5 de la LAU una limitación legal respecto de las garantías que puede exigir el arrendador persona jurídica al arrendatario de vivienda para el caso de incumplimiento de sus obligaciones contractuales cuando el plazo pactado no supere el de la prórroga legal.

Se mantiene el importe de la fianza equivalente a una mensualidad de renta del artículo 36 de la LAU para los contratos de arrendamiento de vivienda, pero se limitan las garantías complementarias o adicionales que el arrendador puede exigir hasta una cuantía máxima equivalente a dos mensualidades de renta, salvo que se haya pactado un contrato de larga duración.

Esta medida legal busca garantizar el principio de asequibilidad del arrendatario de vivienda, de tal forma que el arrendamiento sea una alternativa asequible para el ciudadano de acceso a la vivienda, así como potenciar los contratos de arrendamiento de larga duración en los que se modula la tutela legal del arrendatario, dando una mayor flexibilidad a las partes contractuales.

No obstante, a mi juicio, debería haberse ampliado el importe de las garantías máximas a exigir al arrendatario si atendemos a la duración media actual de un proceso de desahucio por impago de rentas –la duración media de un proceso de desahucio en España se situó en el intervalo 2016-2024 entre tres y seis meses, pudiendo llegar en ocasiones hasta el plazo de un año<sup>(13)</sup>– para poder cubrir al menos el periodo temporal de duración de un proceso de desahucio por falta de pago. En este sentido, y alzando la vista más allá de nuestras fronteras, conviene tener en

---

(13) Disponible en: [www.abogadosparatodos.net/duracion-desahucio-ciudad/](http://www.abogadosparatodos.net/duracion-desahucio-ciudad/).

cuenta que en los países europeos con una mayor tasa de alquiler también se aplica una limitación de las garantías para el arrendador en atención al principio de asequibilidad del derecho a la vivienda, pero este límite es de un importe superior para poder hacer frente a situaciones de morosidad del inquilino. Así pues, se establece en un importe equivalente a tres mensualidades en el caso de Alemania y Suiza, y de hasta seis mensualidades de renta en el caso de Austria<sup>(14)</sup>. Más aun cuando, tal y como denuncia CUENA CASAS<sup>(15)</sup>, el arrendador no tiene forma de asegurarse de la solvencia del arrendatario ya que, en España, a diferencia de otros países, no existe un sistema privado de información de solvencia al que puedan acceder los particulares. No hay un bureau privado con información positiva de solvencia que informe de los datos de morosidad y del nivel de endeudamiento de los particulares. A la Central de Información de riesgos del Banco de España (CIRBE) solo pueden acceder las entidades declarantes, y los ficheros privados (Asnef-Equifax/ Experian) solo comparten información de solvencia con sujetos que a su vez reportan datos (criterio de reciprocidad).

Así pues, estamos ante una medida legal excesivamente proteccionista del arrendatario que provoca un notable desequilibrio entre los derechos de arrendatario y arrendador, en perjuicio de este último, obligándolo en la práctica a contratar pólizas de seguro por impago de alquiler, asumiendo de este modo un riesgo que no le corresponde.

## 6. LA SUSPENSIÓN DE LOS DESAHUCIOS

La Ley 12/2023 reconoce un auténtico derecho a la suspensión temporal de los desahucios y de otros procesos de recuperación posesoria de la vivienda de hasta cuatro meses a los ocupantes –con o sin título posesorio– que estén en riesgo de exclusión residencial, desplazando así ilegítimamente sobre el propietario los costes de una determinada política social mediante el sacrificio de su derecho de propiedad.

Esta medida legal constituye una auténtica expropiación temporal del derecho del propietario sin que el mismo perciba la correspondiente indemnización, tal y como señala el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa y el artículo 33 de la CE (STC 89/1994, de 17 de marzo, Voto Particular).

(14) MOLINA ROIG, E. (2018), p. 692.

(15) CUENA CASAS, M. (2019), Hay Derecho. Disponible en:

<https://www.hayderecho.com/2019/04/23/la-desmesurada-desproteccion-del-arrendador-de-vivienda-ante-el-riesgo-de-impago-del-arrendatario-en-la-reciente-reforma-de-la-lau/>.



Nótese que, incluso cuando dicha medida se implementó por el legislador de forma excepcional –con motivo de la crisis sanitaria causada por la pandemia– en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, se reconoció el pertinente derecho de compensación económica a favor del titular del derecho de propiedad perjudicado por dicha paralización en el legítimo proceso de recuperación de la vivienda de su titularidad (Disposición Adicional Segunda del Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes).

Y ahora que dicha medida legal se incorporará a la LEC con carácter estructural, ni siquiera va acompañada del reconocimiento al derecho indemnizatorio del perjudicado, lo cual a mi juicio vulnera de forma palmaria el derecho constitucional a la propiedad privada.

Sorprende que este incidente de suspensión también se aplique cuando el demandado es un ocupante sin título jurídico para mantense en la posesión de la vivienda, protegiendo así la norma al ocupante ilegal. La Administración debe procurar fomentar el acceso a la vivienda por distintas vías de tenencia, como el arrendamiento o la compraventa, pero jamás debe hacerse por la vía de la ocupación ilegal o sin título jurídico que la ampare. Esta última no es ni debe ser una vía de acceso válida a una vivienda digna. Justamente todo lo contrario, lo que fomenta una política de vivienda que ampara la ocupación ilegal es el sinhogarismo. En otras palabras, atenta contra la salud del parque de vivienda de nuestro país. Una política absolutamente errática. La evidencia más ilustrativa la encontramos en la impotencia que sufren algunos municipios al presenciar como la exigua vivienda pública de la que se disponen está siendo ocupada ilegalmente, impidiendo así que pueda ser habitada por las familias vulnerables a las que va destinado dicho parque público de vivienda protegida. Es evidente que el acceso a la vivienda por esta vía es totalmente inadecuado y lo único que provoca es el acceso a la infravivienda y no a una vivienda digna, como reza nuestra Carta Magna. Es pues totalmente falaz invocar el derecho a la vivienda para proteger (o no condenar) dichas conductas antijurídicas de despojo de la posesión.

La Ley 12/2023 vacía de contenido el derecho de propiedad privada y fomenta el acceso a la vivienda por la vía de la ocupación ilegal, destruyendo el mercado inmobiliario y, no menos importante, perjudicando gravemente a quienes supuestamente debe beneficiar esta futura normativa, a las familias vulnerables que no disponen de medios suficientes para acceder a una vivienda.

## BIBLIOGRAFÍA

- COLÁS ESCANDÓN, A. M.<sup>a</sup>, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 6.<sup>a</sup> Edición, Ed. Aranzadi, 2013, p. 511.
- CUENA CASAS, M. (23 de abril de 2019), *La desmesurada desprotección del arrendador de vivienda ante el riesgo de impago del arrendatario en la reciente reforma de la LAU*. Hay Derecho. Disponible en: <https://www.hayderecho.com/2019/04/23/la-desmesurada-desproteccion-del-arrendador-de-vivienda-ante-el-riesgo-de-impago-del-arrendatario-en-la-reciente-reforma-de-la-lau/>.
- FUENTES-LOJO RIUS, A., «El derecho a la actualización de la renta», *Revista Actualidad Civil*, núm. 2, febrero de 2019, Ed. Wolters Kluwer.
- «La reforma fallida de la LAU: panorama actual y perspectivas de futuro», *Diario La Ley*, 1 de febrero de 2019, Ed. Wolters Kluwer.
- «Más sombras que luces en la futura ley estatal de vivienda», en «La necesidad de garantizar la propiedad privada en España como condición para la mejora del mercado del alquiler», *Revista del Instituto de Estudios Económicos* núm. 3/2022.
- «Modificaciones en los procesos de desahucio y ejecuciones hipotecarias en la Ley por el derecho a la vivienda», *Práctica de Tribunales* núm. 163, julio de 2023, Ed. La Ley.
- (Coord.), «¿Puede una comunidad de bienes ser considerada gran tenedor?», *Actualidad Civil* núm. 7, Julio 2023.
- «La Ley por el Derecho a la vivienda: aspectos arrendaticios y procesales», *Actualidad Civil*, núm. 6, junio de 2023, Ed. La Ley.
- «La Ley por el Derecho a la Vivienda: la inminente aplicación de las limitaciones en el pacto de la renta», *Revista de Derecho Inmobiliario*, Ed. Francis Lefebvre, febrero de 2024.
- MOLINA ROIG, E., *Una nueva regulación para los arrendamientos de vivienda en un contexto europeo*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2018.
- NASARRE AZNAR, S.; MOLINA ROIG, E., y SIMÓN MORENO, H., *Un nou dret d'arrendaments urbans per afavorir l'accés a l'habitatge*, Ed. Atelier, 2018.
- QUICIOS MOLINA, S., «La reforma de los arrendamientos urbanos, según el Proyecto de Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, de 31 de agosto de 2012», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2012, Ed. Aranzadi.



## C. Vivienda compartida y temporal. Usufructo. Derecho de superficie

**Josep M.<sup>a</sup> Espinet Asensio**

*Abogado*

*jmespinet@espinetadvocats.cat*

**Resumen:** *La grave situación que atraviesa la vivienda en España, que se agudiza especialmente en las capas de la población más desfavorecidas y en los jóvenes en particular, que no vislumbran en su horizonte vital la posibilidad de independizarse de sus progenitores o familiares más cercanos con los que conviven en una misma vivienda, al no disponer de los suficientes recursos económicos ni de la capacidad de endeudamiento que les permita acceder a una vivienda digna y adecuada a sus necesidades, a lo que se añade la insoportable evolución al alza del precio de la vivienda, sobre todo en las grandes ciudades, requiere de nuestros legisladores la adopción con urgencia de propuestas, medidas e instrumentos legislativos que alivien en buena parte este acuciante problema. Se hace necesario introducir, promover y fomentar nuevos modelos de tenencia de vivienda que superen la secular dicotomía propiedad/arrendamiento, tan fuertemente anclada en nuestro país. Se ha de evolucionar hacia nuevos modelos de vivienda, algunos de ellos fuertemente arraigados en países de nuestro entorno como la propiedad compartida y la propiedad temporal, sin desdeñar otros modelos de tenencia de vivienda cuya configuración descansa en figuras legales ya incorporadas en el ordenamiento legal de nuestro país,*



*como son la comunidad ordinaria indivisa, los derechos reales de usufructo y de habitación y el derecho real de superficie. El análisis legal de estas figuras y de las ventajas y desventajas que representan, constituyen el objeto de este trabajo.*

**Palabras clave:** *Modelos de vivienda; tenencias intermedias, propiedad temporal, propiedad compartida, comunidad ordinaria, uso y disfrute.*

**Abstract:** *The serious housing situation in Spain, which is particularly acute in the most disadvantaged sectors of the population and in young people in particular; who do not foresee on their life horizon the possibility of becoming independent from their parents or closest relatives with whom they live in the same dwelling, not having sufficient economic resources or the debt capacity to enable them to have access to decent housing adequate to their needs, in addition to the unbearable upward trend in housing prices, especially in large cities, requires our legislators to urgently adopt proposals, measures and legislative instruments to alleviate this pressing problem to a large extent. It is necessary to introduce, promote and encourage new housing tenure models that overcome the secular dichotomy of ownership/rental, so strongly anchored in our country. It is necessary to evolve towards new housing models, some of which are deeply rooted in our neighboring countries, such as shared ownership and leasehold, without disregarding other housing tenure models whose configuration is based on legal figures already incorporated in the legal system of our country, such as the ordinary undivided community, the real rights of usufruct and habitation and the real right of surface. The legal analysis of these figures and the advantages and disadvantages they represent constitute the object of this work.*

**Keywords:** *Housing models; intermediate tenures, leasehold, shared ownership, ordinary community, use and enjoyment.*

**Sumario:** 1. Vivienda compartida y temporal. 1.1 Tenencia compartida en régimen de comunidad ordinaria indivisa. 1.1.1 Régimen legal. 1.1.2 Ventajas e inconvenientes. 1.2 La denominada «propiedad compartida» (la *shared ownership*). 1.2.1 Régimen legal en el derecho civil catalán. 1.2.2 Ventajas e inconvenientes. 1.3 La denominada «propiedad temporal» (la *leasehold*). 1.3.1 Régimen legal en el derecho catalán. 1.3.2 Ventajas e inconvenientes. 2. El derecho de usufructo. 2.1. Derechos y obligaciones del usufructuario. 2.2 El derecho real de habitación. 2.3. Ventajas e inconvenientes. 3. El derecho de superficie. 3.1 Régimen legal. 3.2 Ventajas e inconvenientes. Bibliografía.

## 1. VIVIENDA COMPARTIDA Y TEMPORAL

Conviene decirlo bien claro, que la política de vivienda en España durante los últimos 20 años ha sido un auténtico dislate; errática sería el calificativo más acertado<sup>(1)</sup>.

La tarea que tiene ante sí el legislador para arreglar todo este desajustado no resulta obviamente sencilla, todo y erigirse el derecho a una vivienda digna como uno de los objetivos programáticos de nuestra Carta Magna que los poderes públicos deben promover y desarrollar. Desde hace años se encuentra instalada la percepción social, y también legal, de que los temas relacionados con la vivienda constituyen un «problema» de la sociedad de muy difícil solución, una crisis o preocupación de enorme y trascendente alcance social; un problema que, como ha apuntado recientemente Vendrell Ferrer (2), viene de lejos y se mantiene como una constante histórica, con variables temporales que llegan hasta el día de hoy, primer tercio del siglo *xxi*.

En relación con este «problema», se añaden voces que pronostican que buena parte de su mitigación pasaría por superar viejos moldes y ataduras, introduciendo en las capas sociales más vulnerables modelos de tenencia de vivienda que superen la secular dicotomía propiedad/arrendamiento que parece irremediabilmente anclada en nuestro país.

Cobran así protagonismo otros modelos de tenencia de vivienda; modelos alternativos cuyo encaje en el ordenamiento jurídico encuentran cierto acomodo en una amplia zona intermedia a caballo entre la propiedad y el arrendamiento. Son modelos que se han dado en llamar «tenencias intermedias», algunos de los cuales están basados en modelos fuertemente arraigados en países de tradición jurídica anglosajona, como la *shared ownership* o «propiedad compartida», y la *leasehold* o «propiedad temporal»; y otros, en figuras y categorías seculares de nuestro ordenamiento jurídico patrio como el de la comunidad ordinaria indivisa, el usufructo (o su variante menor, el derecho de habitación), y el derecho real de superficie.

Son las referidas otras formas de tenencia de vivienda que conviven entre el derecho de propiedad plena y el arrendamiento urbano sometido a legislación especial. El desarrollo de estas figuras intermedias puede

---

(1) GARCÍA TERUEL, R. M., y NASARRE AZNAR, S., *RCDI*, p. 183, señalan al respecto que «[...] tras haber potenciado un mercado hipotecario cada vez menos garantista (1992-2007) y tras una primera etapa poscrisis en la que no se tomó medida alguna para solventar la problemática del acceso y la pérdida de la vivienda (2007-2010), los legisladores estatal y autonómico, influenciados por movimientos sociales y una parte de la judicatura, ha venido aprobando una serie de medidas que no solo no han ayudado a mitigarla, sino que, en ocasiones, la han empeorado».

(2) VENDRELL FERRER, E., *RJC*, núm. 1-2024, p. 90.

resultar útil para paliar en cierta medida la lacra de la escasez de vivienda que se encuentra anclada en nuestro país, el «problema» de la vivienda, lo que ya de por sí las hace tributarias de un tratamiento y análisis separado en esta obra.

### 1.1 **Tenencia compartida en régimen de comunidad ordinaria indivisa**

Cuando el objeto es una vivienda, ésta puede pertenecer a una sola persona o a varias a la vez y de forma conjunta, en cuyo caso diremos que son cotitulares de la misma. Por otra parte, la cotitularidad puede recaer sobre cualquier clase de derechos que, como es el caso de nuestro análisis, tengan por objeto la vivienda, sean de crédito (como ocurre con el derecho de arrendamiento en el que los cotitulares son los coarrendatarios) o de naturaleza real (por ejemplo, son cotitulares del derecho de propiedad los copropietarios, del usufructo los cusufructuarios, o de un derecho de superficie los cosuperficiarios).

El artículo 392, 1.º CC resume de alguna manera la idea que acabamos de señalar: «Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas»; si bien, como acertadamente señala la mejor doctrina en relación con la dicción del precepto, en vez de la propiedad de un derecho a la que alude éste, más correcto sería decir la titularidad de un derecho, pues no se es propietario de los derechos, sino titular de los mismos, aunque se llame propietario al titular del derecho de propiedad.<sup>(3)</sup>

Cuando el derecho de propiedad recae sobre un bien y este derecho pertenece no a una sola persona, sino a varias conjuntamente, estamos hablando de condominio o copropiedad, siendo sus titulares los condueños o copropietarios. La propiedad de las cosas en general puede pertenecer a los condueños de manera diversa. No obstante, y a fin de acotar este trabajo, nos centraremos en aquella en la que cada cotitular del derecho de propiedad, condueño o copropietario dispone de una parte del bien en cuestión, una parte no concreta físicamente, sino abstracta, llamada cuota indivisa. En esta copropiedad, cada copropietario o comunero puede operar separadamente de los otros con su derecho o cuota indivisa, aunque debe hacerlo en cambio en común en una serie de cuestiones. En palabras de Díez-Picazo (4), existe una concurrencia de varios derechos sobre todo el bien, pero no se trata de que un único derecho esté dividido en partes

---

(3) ALBALADEJO GARCÍA, M., 1983, p. 379.

(4) DÍEZ-PICAZO, L., 1995, p. 910.

materiales o ideales, sino que cada uno de los comuneros tiene un derecho pleno en cuanto a su extensión y cualitativamente igual al derecho de propiedad exclusivo, si bien con la particularidad de que cada uno de estos derechos está limitado en cuanto a su ejercicio por la existencia de los derechos de los demás. La cuota significaría, de esta manera, la proporción o medida de la concurrencia de los derechos. En esta modalidad de comunidad y salvo pacto o previsión en contrario, cada comunero puede solicitar en cualquier momento y sin necesidad de justificación la disolución de la comunidad existente. Estamos hablando de la «comunidad por cuotas», también «comunidad romana» o «comunidad ordinaria indivisa».

Este tipo de copropiedad se rige, en primer lugar, por lo establecido por los interesados (los propios copropietarios cuando la constitución de la copropiedad tiene origen convencional, o el testador cuando tiene su origen en disposiciones testamentarias), sin otro límite o límites que los que resultan de la autonomía privada (art. 1255 CC); en su defecto, por las disposiciones especiales aplicables a la copropiedad en cuestión y, por último, a falta de regulación en negocio jurídico y/o disposiciones especiales aplicables, por las prescripciones del Título III del Libro II del CC.

Dicho lo anterior, cuando el objeto sobre el que recae la copropiedad es una vivienda tal y como la misma es percibida por el imaginario colectivo, parece que la modalidad de copropiedad más adecuada para mantener una tenencia compartida de la misma es la de la comunidad ordinaria indivisa.

Veamos seguidamente el régimen legal que dispensa el Código Civil español a esta modalidad de copropiedad.

### 1.1.1 *Régimen legal*

El régimen legal aplicable se encuentra contenido en los artículos 392 y concordantes del CC<sup>(5)</sup> y en la jurisprudencia que los interpreta. Detengámonos, no obstante, en los aspectos más destacados del régimen de la comunidad ordinaria indivisa.

En relación con la cuota de participación, también participación indivisa, el artículo 393, 2.º CC nos indica que en toda comunidad ordinaria indivisa, salvo prueba en contrario, se presume que las cuotas de los copropietarios son iguales. No obstante, y en caso de que quede acreditado que un copropietario tiene una cuota determinada, un 30 % por ejemplo,

---

(5) Cuentan también con un régimen legal completo y propio en esta materia, el Código Civil de Cataluña (CCCat) en los artículos 552-1 a 552-12 de su libro Quinto, y, acaso no tan completo como el catalán, la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo en las Leyes 372 a 375.

la presunción paritaria se extiende a la cuota restante, el 70 %, presumiéndose respecto de ésta, salvo prueba en contrario, que el resto de los comuneros participan en iguales partes. La determinación de la cuota no es preciso que conste por escrito o en determinada forma, de modo que puede constar o no documentalmente, en términos porcentuales o en partes indivisas, sin necesidad de que se exprese necesariamente en unidades, decenas, centésimas o milésimas, o en cualquier otra razón aritmética, salvo que la ley disponga al respecto alguna forma concreta o determinada para referirse a ellas, como ocurre para el caso de su inscripción el Registro de la Propiedad<sup>(6)</sup>.

Las cuotas de participación –cuya función, entre otras, es servir de módulo en la atribución entre los comuneros de los beneficios y cargas de la comunidad (art. 393.1 CC)–, no sufren en cambio alteración o modificación por los gastos que acaso uno de los copropietarios haga de más que lo que le corresponda en la cosa común, sea por conservación y mantenimiento, sea por mejoras que introduzca. En tales casos, ostentará el crédito que sea contra el resto de los comuneros, si bien las cuotas de participación se mantendrán inalterables, salvo que la unanimidad de comuneros alcanzase un acuerdo diferente.

En cuanto a las facultades de los comuneros, hay que distinguir según se trate de facultades o poderes en orden a la totalidad del bien en común y los relativos a sus respectivas cuotas.

A) En lo que concierne a las facultades de uso del bien común, el artículo 394 CC<sup>(7)</sup> indica que «[c]ada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los partícipes utilizarlas según su derecho».

Este precepto se ha interpretado en el sentido de que la ley permite que cada copropietario use o utilice el bien común por entero mientras no lo usen actualmente los demás. Pero también admite, en tanto que la ley no impide que los particulares puedan regular por pacto el régimen de la comunidad ordinaria indivisa, que se convenga entre ellos que el uso total del bien lo ostente cada copropietario por un determinado periodo de tiempo y que, durante este periodo, no pueda utilizarlo otro comunero, aunque tampoco lo use el facultado para hacerlo. Si, no existiendo ninguna clase de acuerdo entre ellos, todos los comuneros tienen interés en

(6) Véase el artículo 54.1 RH cuando señala que las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho precisarán la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente.

(7) En cuanto a doctrina jurisprudencial del artículo 394 CC, ver por todas la STS 93/2016, de 19 de febrero de 2016 (ECLI: ES: TS:2016:533).



usar el bien y pretenden hacerlo simultáneamente, el artículo 393 CC dispone que ese uso deberá ser proporcional a la cuota de cada uno y, si aun así, por razón de la naturaleza o características del bien, no es posible el uso simultáneo, se habrá de estar entonces a lo que convengan los copropietarios por mayoría de cuotas (no de personas), siempre que los acuerdos adoptados al respecto no sean gravemente perjudiciales para el copropietario o copropietarios minoritarios impugnantes, en cuyo caso, para resolver sobre ello, deberán acudir ante la autoridad judicial en el proceso judicial correspondiente a fin de que se declare la nulidad del acuerdo mayoritario y, en su caso, las medidas cautelares procedentes que se hubieran interesado (art. 398 CC).

En cualquier caso, conviene que los copropietarios tengan presente que cualquiera de ellos puede pedir, en cualquier momento, la disolución de la comunidad ordinaria sea cual sea la cuota de participación que cada uno de ellos ostente y siempre y cuando esta facultad no estuviera excluida en los términos que la ley lo determina. Harán bien los comuneros, no solo los mayoritarios en la adopción de un acuerdo determinado sobre el uso de la cosa común, sino todos ellos ante la adopción de futuros acuerdos de cualquier tipo, en ser mesurados y contenidos a la hora de plantearse imponer acuerdos contando con la simple mayoría de cuotas, pues tal acuerdo no solo queda sin efecto por uno posterior en contra, o al concluir el plazo por el que se acordó y, en general, por las causas de extinción de los contratos, sino también al producirse la división de la cosa común a instancias de cualquier condueño, sin necesidad de expresar el motivo de ello. Por tanto, podríamos afirmar que los acuerdos adoptados por los copropietarios en el seno de una comunidad ordinaria indivisa son efímeros, claudicantes por la mera voluntad divisoria de cualquiera de los comuneros.

B) En lo que al disfrute de la cosa común se refiere, al igual que en el uso, también es proporcional a las respectivas cuotas y susceptible de ser modulado mediante pactos o acuerdos entre los copropietarios. Salvo otra disposición legal para determinado supuesto, o que la naturaleza de la cosa común lo implique, o que haya mediado un acuerdo distinto entre los copropietarios, se puede afirmar que los frutos que desprenda la cosa común pasan a ser también copropiedad de los comuneros en proporción a sus cuotas, sin que corresponda a cada uno parte concreta de los mismos, por lo que no son enajenables (ni en todo ni en parte) si no es con el consentimiento unánime de los copropietarios. No obstante, quien de ellos tenga el derecho a usar y disfrutar por sí solo y de forma exclusiva la cosa común, la vivienda por ejemplo, durante un determinado periodo de tiempo, si la arrenda durante ese tiempo, las rentas le corresponden a él solo y no a la comunidad, porque lo que en realidad ha ocurrido en este

caso es que el objeto del contrato de arrendamiento no era en realidad la vivienda, sino la cuota o participación indivisa misma, siendo los sujetos del arrendamiento el arrendatario por una parte y el copropietario (y no la comunidad) como parte arrendadora.

C) Respecto a las cargas y gastos del bien común, rige en este punto el principio de su reparto entre los comuneros en proporción con las cuotas (art. 393 CC), esto es, cada copropietario se hará cargo del importe de las cargas y/o de los gastos que genera el bien en común en la proporción determinada por su cuota de participación. Esta regla, aplicada a la tenencia de una vivienda en comunidad ordinaria indivisa se traduce en que, salvo pacto diferente, los gastos de suministros y servicios de la vivienda (luz, agua, gas, fibra óptica, AC, etc.), las cuotas de la comunidad de propietarios, tanto ordinarias como extraordinarias, el IBI del Ayuntamiento y cualesquiera otros tributos análogos que acaso puedan recaer sobre la vivienda en común, serán sufragados por todos los copropietarios en proporción a la cuota respectiva, ni más ni menos. No obstante, cuando el uso del bien, en nuestro caso la vivienda, se hace por uno solo de los copropietarios, no por pacto, sino por el derecho que todos tienen a usarla por entero mientras no se objete por cualquiera de los otros comuneros, no sin buena parte de razón se puede sostener que las cargas y los gastos correspondientes a ese periodo sean a cargo del comunero único que la usa y no a cargo de todos, y ello con base en la equidad y en que de lo contrario se daría un enriquecimiento injusto<sup>(8)</sup>.

D) En lo que concierne a actos de administración y disposición sobre la cosa común, el régimen de la mayoría de las cuotas (mayoría económica) es el que impera para la adopción de los acuerdos de administración, con los límites fundamentales del artículo 394 y el más específico previsto en el artículo 398, 3.º CC, al que nos hemos referido antes al tratar sobre el uso del bien común. Mientras que para la validez de los acuerdos de disposición (enajenación, gravamen y renuncia de la cosa común) se requiere la unanimidad de los copropietarios, no bastando con la simple mayoría.<sup>(9)</sup>

(8) Así lo sostuvo la STS 307/2015, 11 de junio de 2015 (ECLI: ES: TS:2015:3187), entre otras.

(9) En la regulación del CCCat, el artículo 552-7 también contempla la unanimidad para los actos de disposición de la cosa común. Mas, al referirse a los de administración, todo y seguir el régimen del CC al requerir la mayoría simple de cuotas, distingue de entre los actos de administración los de «administración extraordinaria» (como podría ser, por ejemplo, mejoras que aumenten la productividad o aprovechamiento de la cosa común), para cuya validez respecto de éstos últimos se requiere una mayoría cualificada de las tres cuartas partes de las cuotas. La SAP de Barcelona (Sec. 13.ª) de 1 de junio de 2016 (ECLI: ES: APB:2016:6247) señaló al respecto que «en Cataluña, es acto de administración extraordinaria el otorgamiento de un arrendamiento por más de quince años, siendo para este acto de administración extraordinaria para el que debe entenderse que los comuneros requieren la mayoría de tres cuartas partes de las cuotas, exigida por el artículo 552-7.3 del CCCat. Por el contrario, no es acto de administración extraordinaria, por no estar legal ni doctrinalmente previsto como

E) En lo que respecta a poderes de los comuneros en relación con su cuota, destacar al respecto lo que establece el artículo 399 CC en el sentido de que cada condueño tiene la propiedad de su «parte» (indivisa), así como la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo, además, enajenarla, cederla o hipotecarla, e incluso renunciarla según dispone el artículo 395, siempre y cuando el renunciante de la cuota carezca de obligaciones de que librarse o eximirse<sup>(10)</sup>. También disponen del derecho de retracto de comuneros en los términos del artículo 1522 CC, consistente en un derecho de adquisición preferente que opera cuando se enajena una cuota indivisa a un no copropietario, lo cual constituye un aliciente para los copropietarios en el ámbito de la vivienda, que pone de relieve la versatilidad del poder jurídico representado en la cuota del comunero, que le permite aspirar con el tiempo a hacerse con la totalidad de la vivienda. El ejercicio de este derecho de retracto se encuentra sometido al plazo de caducidad de 9 días, contados desde la inscripción en el Registro correspondiente, o desde que el comunero retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta y de sus condiciones esenciales (art. 1524 CC). Se trata de un plazo ciertamente breve e insuficiente para el adecuado ejercicio del derecho de retracto, motivo por el cual ha sido objeto de ampliación en la regulación de los derechos forales con competencia en esta materia<sup>(11)</sup>.

F) Una última cuestión a considerar, no menor, alude a la facultad de división de la comunidad ordinaria indivisa. Nos referimos al derecho que tiene cada copropietario de un bien común a instar la división o disolución de la comunidad, es decir, a separar su parte del resto de deberes comunes; es el principio de libre divisibilidad que rige en esta materia. Como se ha señalado, los copropietarios, por medio de su cuota, son titulares de una porción ideal o abstracta de la totalidad del bien, pero sin que sus partes estén física o materialmente separadas. El principio de la libre divisibilidad nos indica que ningún copropietario está obligado a permanecer en la indivisión indefinidamente. En cualquier momento y sin necesidad de justificación, cualquier comunero, sea cual sea la participación que

---

tal, el otorgamiento de un contrato de arrendamiento de hasta quince años, así como la extinción de un contrato de arrendamiento por expiración del plazo fijado contractualmente [...] y lo mismo puede decirse en cuanto al ejercicio de la acción de desahucio, [...] para la que, según el artículo 552-7.2 CCCat, basta el acuerdo de la mayoría de los titulares».

(10) Díez-PICAZO, L., 1995, p. 925.

(11) Tal cual ocurre en el CCCat, en cuyo artículo 552-4 dispone que el tanteo puede ejercerse en el plazo de un mes contado desde el momento en que se hace la notificación, y si no existe notificación o si la transmisión se efectúa por un precio o en circunstancias diferentes a las que constan en la misma, el tanteo comporta el retracto, que puede ejercerse en el plazo de tres meses contados desde el momento en que los demás cotitulares tienen conocimiento de la enajenación y sus circunstancias o desde la fecha en que se inscribe la transmisión en el registro correspondiente.



ostente, puede solicitar que se disuelva, divida o extinga la comunidad de bienes existente (art. 400 CC), siendo la forma más habitual de llevarla a cabo cuando el bien, como ocurre con una vivienda, es jurídica o materialmente indivisible, proceder a su venta, que puede llegar a imponerse forzosamente mediante subasta pública (art. 404 CC), y repartir el valor o precio obtenido entre los copropietarios en proporción a su participación en la comunidad.<sup>(12)</sup> En algunos supuestos, pueden contemplarse entre los condueños pactos de indivisibilidad que impiden la división por un periodo determinado de tiempo. Pero tales pactos no pueden ser permanentes, de manera que la indivisibilidad no puede mantenerse por más de 10 años, susceptible, eso sí, de ser prorrogada por nueva convención por otros 10 años (art. 400, 2.º CC).

### 1.1.2 *Ventajas e inconvenientes*

La vivienda compartida en la modalidad de comunidad ordinaria indivisa presenta en nuestra opinión más inconvenientes que ventajas, todo y que de entre éstas podemos destacar el favorable tratamiento económico que representa la adquisición de vivienda en comunidad indivisa, en el que el derecho de uso solidario que corresponde a cada uno de los condueños sobre la totalidad constituye un aliciente añadido de esta tenencia, así como en lo que se refiere al reparto de los gastos comunes conforme a la cuota de participación de los copropietarios. Otro aspecto favorable es que la inversión no se devalúa con el paso del tiempo, como sí ocurre con la tenencia en usufructo, en propiedad superficiaria, en donde el factor tiempo actúa de manera inversamente proporcional.

En cuanto a los inconvenientes, éstos no son pocos comparados con los beneficios. No podemos silenciar la enorme inestabilidad, riesgos y adversidades de todo tipo que, en los órdenes principalmente convivencial, relacional y de intimidad representa compartir una vivienda entre varias personas, aunque ello comporte un alivio económico a la hora de afrontar los gastos. Ciertamente es que, si no hay más remedio, se aguanta todo antes que nada. Pero ello no obsta que *a priori* no puedan calificarse negativamente los factores referidos, que influyen negativamente en la convivencia entre

---

(12) El artículo 552-11.5 CCCat dispone, en cambio, para la división de las cosas indivisibles de un procedimiento ingenioso y menos traumático que el de estar abocado a la venta en pública subasta, estableciendo al respecto que cuando el objeto es indivisible «[...] se adjudica al cotitular o la cotitular que tenga interés en el mismo. Si existen más de uno, al que tenga la participación mayor. En caso de interés y participación iguales, decide la suerte. El adjudicatario o adjudicataria debe pagar a los demás el valor pericial de su participación, que en ningún caso tiene la consideración de precio ni de exceso de adjudicación. Si ningún cotitular tiene interés, se vende y se reparte el precio».



los moradores de la vivienda. La estabilidad convivencial debe ir acompañada de un pacto de indivisibilidad entre los copropietarios, cuya eficacia no puede a *priori* extenderse más allá de los diez años de indivisibilidad. Una estabilidad de diez años, con el resto de inconvenientes de orden convivencial, relacional y de intimidad entre los copropietarios, que no resultan difíciles de imaginar, no parece que pueda competir en aliciente con la duración que puede alcanzarse con el coarrendamiento de una vivienda cuyo arrendador sea una persona jurídica y cuando la vivienda se encuentre ubicada en una zona declarada de mercado residencial tensionado, en cuyo caso, según los artículos 9 y 10 de la LAU tras la Ley 12/2023, de 24 de marzo, por el derecho a la vivienda, la duración del arrendamiento puede alcanzar una estabilidad de hasta 11 años.

## 1.2 La denominada «propiedad compartida» (la *shared ownership*).

Se conoce por la *shared ownership* o «propiedad compartida» en los ámbitos urbanos del Reino Unido, un esquema de tenencia de vivienda en el que una persona o familia adquiere por compra una fracción porcentual de una propiedad y paga un alquiler por el porcentaje restante, consiguiendo de este modo que la tenencia de la totalidad de la vivienda sea más accesible, especialmente para aquellos que no pueden pagar el precio total de la misma. La operación se desarrolla habitualmente bajo los siguientes parámetros: el comprador adquiere un porcentaje de la propiedad, generalmente entre el 25 % y el 75 %, dependiendo de lo que pueda permitirse; en segundo lugar, toma en arrendamiento el resto del porcentaje de propiedad que no tiene, pagando por ello un alquiler al propietario originario o promotor de este tipo de tenencia. En el transcurso del tiempo, el comprador tiene la opción de ir adquiriendo más participaciones de la propiedad, en un proceso conocido como «staircasing» (escalonamiento), que le permite aumentar gradualmente la cantidad de la propiedad que posee a medida que reduce el alquiler de la propiedad que no posee, hasta eventualmente acabar adquiriendo la totalidad de la vivienda, momento a partir del cual deja de abonar alquiler. Si el comprador, lejos de adquirir la totalidad, decide desprenderse por venta de la participación en la propiedad que tiene, normalmente debe hacerlo a través del mismo esquema de propiedad compartida, lo que puede implicar ciertas restricciones en términos de a qué destinatarios se le puede vender y que requisitos personales y económicos han de reunir.

Este esquema, no se encuentra regulado por ningún texto ni norma de derecho común de nuestro país. Sí, en cambio, lo encontramos recogido

en el ordenamiento civil catalán, concretamente en el Código Civil de Cataluña (CCCat) tras la aprobación de la Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código civil de Cataluña<sup>(13)</sup>.

### 1.2.1 Régimen legal en el derecho civil catalán

En el ordenamiento catalán, la propiedad compartida ha quedado articulada como una nueva forma de disfrute del derecho de propiedad basada en la constitución de una comunidad especial de bienes en el seno de la cual coexisten, al mismo tiempo, dos comuneros, que la ley denomina «propietario material» y «propietario formal». La particularidad de este régimen reside en que las facultades de uso y el goce de la cosa, normalmente una vivienda, se asignan en exclusiva a favor del comunero denominado propietario material, mientras que el propietario formal carece de estas facultades, quedando alteradas las tradicionales reglas del uso y del goce de la cosa común de la comunidad ordinaria indivisa<sup>(14)</sup>.

Según el Preámbulo de la Ley 19/2015, esta figura permitirá favorecer la adquisición de la propiedad. A partir de la adquisición de una cuota inicial en propiedad compartida, el propietario material adquiere progresivamente las restantes cuotas del propietario formal mediante el ejercicio gradual del derecho que es inherente a la institución. La situación jurídica real que se deriva de esta forma de propiedad supone que el propietario material monopolice casi todas las facultades dominicales a cambio del pago de una contraprestación dineraria al propietario formal, mientras no adquiera la totalidad de las cuotas, por el uso exclusivo y excluyente del objeto. Por ello, el propietario material debe satisfacer todos los gastos y, salvo que se haya pactado otra cosa, asume el pago de los impuestos y tributos vinculados a la propiedad del bien.

Si bien la cuota mínima inicial se deja a la voluntad de las partes, la adquisición de las restantes cuotas mediante el ejercicio del derecho de adquisición gradual debe representar, en defecto de pacto, un mínimo del 10 %. De hecho, con relación a las viviendas y teniendo en cuenta la experiencia comparada, el Preámbulo de la Ley 19/2015 apunta que la proporción ideal sería: un 5 % de dominio adquirido con capital propio del propietario material; un 20 % de dominio que el propietario material adquiriría con financiación hipotecaria, manteniéndose el 75 % restante en

(13) La Ley catalana 19/2015, de 29 de julio, superó el filtro de constitucionalidad mediante la STC núm. 95/2017, de 6 de julio de 2017 (ECLI: ES: TC:2017:95).

(14) IZQUIERDO GRAU, G., *InDret* 1/2019.

manos del propietario formal, que percibiría por este porcentaje del propietario material una renta o canon periódico.

Por tanto, es consustancial a esta figura el derecho del propietario material a adquirir gradualmente más cuota de dominio sobre el inmueble, según un probable esquema preestablecido con ese propietario formal, cuya figura se aproxima a la de un promotor inmobiliario-vendedor-financiador. A medida que el propietario material adquiera más, irá también reduciendo progresivamente la cantidad que satisface como contraprestación dineraria, porque entonces será titular de una cuota mayor de dominio sobre el inmueble. Por otra parte, nada impide que la contraprestación dineraria se impute al precio de adquisición de las sucesivas cuotas sobre el inmueble, como que ambas partes acuerden que el propietario material, en vez de ir adquiriendo cuota, pueda liberarse gradualmente de la suya, que deba ser adquirida necesariamente por el otro titular, lo que haría posible que el primero obtuviese liquidez.

En cuanto al concepto de propiedad compartida, el artículo 556-1 CC-Cat no contiene una definición de esta forma dominical, sino que se limita a señalar que por medio de esta propiedad especial, se confiere a uno de los dos titulares, llamado propietario material, una cuota del dominio, la posesión, el uso y el disfrute exclusivo del bien y el derecho a adquirir, de modo gradual, la cuota restante del otro titular, llamado propietario formal, destacándose ya desde el principio de la regulación que la propiedad compartida supone la exclusión de la acción de división, sin posibilidad de pacto en contrario. Como bien apunta IZQUIERDO GRAU (15), se trata ésta de una norma imperativa porque, de lo contrario, se frustraría la finalidad de la propiedad compartida, que no es otra que facilitar la adquisición gradual y progresiva del pleno dominio por el comunero titular de la menor cuota de dominio en función de su capacidad económica.

En lo que concierne al objeto de la propiedad compartida, parece que principalmente está llamado a recaer sobre bienes de naturaleza inmobiliaria para destinarlos a vivienda, aunque la norma no excluye que puedan serlo también otra clase de bienes, como los muebles, siempre y cuando tengan el carácter de duraderos, no fungibles y susceptibles de constar en un registro público (art. 556-2 CCCat).

La propiedad compartida se constituye por negocio jurídico entre vivos, a título oneroso o gratuito, o por causa de muerte. El título de constitución debe contener las siguientes circunstancias: a) la cuota inicialmente adquirida; b) el derecho de adquisición gradual y los requisitos y condiciones de su ejercicio. En defecto de pacto, las cuotas sucesivamente adquiridas no pueden ser inferiores al 10 % del total de la propiedad; y c) la

---

(15) IZQUIERDO GRAU, G., 2019, *RCDI*, núm. 772, p. 727.

contraprestación dineraria, si existe, para el ejercicio en exclusiva de las facultades dominicales atribuidas sobre el bien, su actualización y los criterios para su determinación a medida que se ejerza el derecho de adquisición gradual.

En cuanto a requisitos de forma, Simón Moreno (16) señala que la constitución de la propiedad compartida no está sujeta a *priori* a ninguna formalidad concreta y que su inscripción en el Registro de la Propiedad no es constitutiva, por lo que el régimen se podría constituir de forma verbal, por escrito en documento privado o en escritura pública, salvo que el negocio jurídico de constitución requiera hacerlo con una forma específica, cual acontece, por ejemplo, con la donación de un bien inmueble, que requiere de la escritura pública como forma de validez *ad solemnitatem*, en cuyo caso la constitución del régimen de propiedad compartida también debería formalizarse en escritura pública.

Respecto al plazo de duración de la propiedad compartida, la norma contempla un plazo mínimo de 30 años, salvo que las partes fijen otro diferente que, en ningún caso, puede superar los 99 años.

De entre las facultades del propietario material, el artículo 556-6 CC-Cat destaca la de poseer y usar el bien y gozar de él de forma plena y exclusiva; la de enajenar, hipotecar y someter a cualquier otro gravamen su cuota, así como disponer de ella por causa de muerte; la de adquirir más cuota de modo gradual y en los términos establecidos por el título de constitución; la de poder ejercer todos los actos de riguroso dominio, si bien para dividir el bien precisa del consentimiento del propietario formal, y si el bien objeto de propiedad compartida es un inmueble en régimen de propiedad horizontal, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivados de este régimen corresponden en exclusiva al propietario material. Los gastos ordinarios son a cargo del propietario material, mientras que los extraordinarios y de ejecución de obras de instalaciones, deben repartirse entre ambos propietarios de acuerdo con su respectiva cuota de propiedad.

Respecto a las obligaciones del propietario material, el artículo 556-7 CCCat relaciona la de pagar el precio de adquisición de las cuotas; la de satisfacer la contraprestación dineraria establecida a favor del propietario formal a cambio de su cuota de dominio, cuyo importe, en defecto de pacto, disminuye proporcionalmente con la adquisición de más cuota; y, finalmente, la de satisfacer los gastos e impuestos vinculados a la propiedad del bien.

El propietario formal tiene en cambio como facultades (art. 556-8 CC-Cat): la de poder enajenar, hipotecar y someter a cualquier otro gravamen

---

(16) SIMÓN MORENO, H., 2017, pp. 270-272.



su cuota, y disponer de ella por causa de muerte, sin perjuicio de los derechos de tanteo y retracto a favor del propietario material. También puede exigir al propietario material, salvo que se pacte otra cosa, que se haga cargo de las obras de reparación o reconstrucción si el bien se deteriora un 20% o más o se compromete su subsistencia. Tiene derecho a acceder al inmueble para comprobar su estado; y si se le niega el acceso o si, después de haber accedido a él, se comprueba que la subsistencia del bien está afectada, puede solicitar judicialmente cualquier medida cautelar.

Tanto al propietario material como al formal se les reconoce a su favor los derechos de tanteo y retracto en los términos y plazos establecidos en el artículo 552-4 CCCat, cuando se produce la enajenación a título oneroso de la cuota de cualquiera de los propietarios, salvo que en el título de constitución se hubiera pactado otra cosa.

Por último, en lo que se refiere a la extinción de la propiedad compartida, el artículo 556-11 CCCat relaciona las siguientes causas: a) La reunión en una sola titularidad de todas las cuotas de propiedad; b) la destrucción o pérdida del bien; c) el vencimiento del plazo de duración de la propiedad compartida; d) la falta de ejercicio de cualesquiera de los derechos de adquisición gradual acordados, salvo pacto en contrario; e) la conversión en un régimen de comunidad ordinaria o especial; f) el acuerdo de ambos titulares; y g) la renuncia de cualquiera de los titulares, que comporta el acrecimiento a favor del otro. Y añade la norma que una vez extinguida por las causas a que se refieren las letras c y d, el bien afectado pasa a la situación de comunidad ordinaria indivisa.

### 1.2.2 *Ventajas e inconvenientes*

La principal ventaja que podemos destacar de este modo de tenencia es que permite a personas con ingresos modestos acceder a la propiedad de una vivienda, haciendo su adquisición más asequible ya que no se requiere una aportación tan grande como la que supone la compra de una vivienda completa. Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy y Bosch Capdevila<sup>(17)</sup> apuntan, entre las ventajas de esta figura, que el comprador, una vez ha adquirido la cuota de propiedad correspondiente, tiene el uso exclusivo del bien, a cambio de una renta de cuantía inferior a la que pagaría si tuviese que arrendarlo, en tanto que solamente paga renta por la cuota que retiene el vendedor. La propiedad material disfruta, además, de una estabilidad temporal mucho más larga que la que supone la tenencia en arrendamiento.

---

(17) DEL POZO CARRASCOSA, P.; VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., 2023, p. 352.

Entre las desventajas se sitúa claramente a nuestro entender que el comprador es responsable de todos los costes de mantenimiento y reparación de la vivienda cuando aún no ha adquirido la totalidad de la misma y actúa como arrendatario de una cuota no adquirida de la propiedad formal, con lo que sale perdiendo si compara su situación con la tenencia en arrendamiento, en cuyo artículo 21 LAU se establece que tales gastos corresponden al arrendador (cuya figura equivalente sería, en este caso, el propietario formal). También supone una desventaja los importantes gastos y dispendios<sup>(18)</sup> que el propietario material ha de asumir desde el principio y durante el periodo de escalonamiento en la adquisición de propiedad material, si se comparan con la adquisición y mantenimiento de una tenencia en arrendamiento e incluso en propiedad plena.

### 1.3 La denominada «propiedad temporal» (la *leasehold*).

#### 1.3.1 Régimen legal en el derecho catalán

En términos generales podemos decir –reproduciendo prácticamente en su literalidad lo que al respecto indica el Preámbulo de la Ley 19/2015–: que, en la denominada propiedad temporal, el «propietario temporal» goza, durante el plazo fijado en el título de constitución, de un poder jurídico idéntico al del propietario «ordinario» de un bien, que le legitima para actuar como propietario único y exclusivo<sup>(19)</sup>. En contraposición se encuentra el «titular sucesivo», que lo es de un derecho de reversión, esto es, de un derecho a la recuperación de la propiedad cuando llegue el día final de la tenencia temporal. Este derecho de reversión, cuya naturaleza jurídica participaría de los *ius in re aliena*<sup>(20)</sup>, está dotado de un contenido jurídico y económico del que el titular sucesivo puede disponer *inter vivos* y *mortis causa*, pero no permite ninguna clase de injerencia en el ejercicio de las facultades del propietario temporal. Una vez transcurrido

(18) Sobre este particular, véanse los interesantes comentarios de RIVAS NIETO, E., 2017, pp. 453-491.

(19) La propiedad temporal en derecho catalán no es ningún derecho real limitado sobre propiedad ajena, similar al usufructo, sino que es propiedad (derecho pleno en algo propio), aunque especial al estar limitada en el tiempo –no más de 99 años–, si bien con unos perfiles propios distinguibles de figuras seculares parecidas, como la propiedad superficiaria o la del dominio útil en el censo enfitéutico. Véase al respecto NASARRE AZNAR, S., 2017, p. 82.

(20) Según MOLINA ROIG, E., 2017, pp. 168-169, el derecho de reversión tiene naturaleza real (como el derecho del fideicomisario a plazo en el derecho catalán), al existir una relación inmediata con la cosa, característica de los derechos reales. Se podría considerar un derecho real de adquisición que se diferencia del derecho real de opción *ex* artículo 568-1 ss. CCCat, en que el efecto adquisitivo es automático y *ope legis* y se produce por el transcurso del tiempo pactado.



el plazo fijado, el bien deviene propiedad plena del titular sucesivo –el originario o el o los que lo hubieran adquirido de este–, libre de cualquier carga o contrato que excedan del plazo establecido.

El plazo, que debe ser cierto y determinado y debe establecerse necesariamente, es el elemento de tipificación de esta propiedad. El plazo mínimo lo fija la ley en 10 años, para que el derecho tenga contenido patrimonial y marque una relación con cierta duración e importancia, así como para evitar confusiones con la duración de los arrendamientos urbanos. En cuanto al máximo, siguiendo la tradición jurídica catalana en materia de censos enfitéuticos y con el derecho de superficie, ha quedado establecido por ley en 99 años (art. 547-4.3 CCCat), un plazo suficientemente amplio para satisfacer las necesidades de los adquirentes y dar flexibilidad al mercado.

Al igual que en la propiedad compartida, la ley dispone que pueden ser objeto de propiedad temporal tanto los bienes inmuebles como los muebles duraderos no fungibles que puedan constar en un registro público (art. 547-2). Y también, al igual que en la propiedad compartida, la temporal puede adquirirse por negocio jurídico entre vivos, a título oneroso o gratuito, o por causa de muerte, debiéndose hacer constar en cualquier caso en el título constitutivo el plazo de duración de la propiedad temporal.

En el título de adquisición de la propiedad temporal pueden establecerse múltiples y diversas previsiones. El artículo 547-5 CCCat recoge algunos pactos que, aun no siendo constitutivos de elementos esenciales de esta figura, tienen determinadas particularidades y/o utilidades que aconsejan su mención expresa y que no constituyen un *numerus clausus*<sup>(21)</sup>. Se refieren, entre otros, a la posibilidad de acordar el pago a plazos del precio de adquisición; o a la facultad del propietario temporal de prorrogar su derecho por un plazo que, sumado al inicial, no exceda del máximo legal, o a la modulación del derecho de adquisición preferente del propietario temporal para el caso de transmisión onerosa del derecho del titular sucesivo, o al derecho del propietario temporal a que el titular sucesivo le pague los gastos por obras o reparaciones necesarias y exigibles, atendiendo, principalmente, al tiempo que queda de la duración de la propiedad temporal y al importe de dichos gastos.

En lo que concierne a las facultades del propietario temporal durante la vigencia de su derecho, el artículo 547-6 CCCat resalta que tiene todas las facultades del derecho de propiedad, sin otras limitaciones que las derivadas de su duración y de la existencia del titular sucesivo. Así, tiene plena libertad para enajenar, hipotecar y someter a cualquier otro

---

(21) NASARRE AZNAR, S., 2017, p. 152.

gravamen su derecho, con el límite del plazo fijado y sin necesidad de la intervención del titular sucesivo. Informa igualmente este precepto de que la propiedad temporal también puede transmitirse por causa de muerte, y de que, si el objeto de la propiedad temporal es un inmueble en régimen de propiedad horizontal, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivados de este régimen corresponden en exclusiva al propietario temporal, no al titular sucesivo.

Entre las facultades del titular sucesivo destaca el artículo 547-7 CC-Cat que puede enajenar, hipotecar y someter a cualquier otro gravamen su derecho, así como disponer de él por causa de muerte, advirtiendo al respecto que los actos y contratos realizados por el propietario temporal que no los hubiera consentido y excedieran de la duración de la propiedad temporal, no le perjudican.

En cuanto a aspectos formales, la inscripción de la propiedad temporal tanto en el Registro de la Propiedad, si el bien sobre el que recae es inmueble, como en el Registro de Bienes Muebles, si el bien mueble en cuestión es identificable y tiene el carácter de duradero y no fungible<sup>(22)</sup>, se considera, al igual que la propiedad compartida, que no tiene el carácter de constitutiva<sup>(23)</sup>.

Finalmente, y en cuanto a la extinción del régimen, el artículo 547-9 CCCat dispone, además de por las causas generales de extinción de la propiedad, las dos causas siguientes: a) el vencimiento del plazo; y b) el deterioro del bien en un 50 % o más de su valor por culpa o dolo del propietario temporal, si este, una vez requerido por el titular sucesivo, no se ha hecho cargo de las obras de reparación o reconstrucción. La propia norma se encarga de recordar que los derechos reales que gravan la propiedad temporal, en caso de renuncia al derecho y de abandono de la posesión del bien o de cualquier otra causa de extinción voluntaria de la propiedad temporal, subsisten hasta que venza el plazo o se produzca el hecho o causa que comporte su extinción, siendo el efecto principal de ésta, que el titular sucesivo adquiere el dominio del bien, toma posesión de él por sí mismo y puede ejercer las acciones de protección de la propiedad y de la posesión que le correspondan.

---

(22) En caso de inscripción en el Registro de la Propiedad, se requerirá la forma de la escritura pública; mientras que para la inscripción en el Registro de Bienes Muebles solo será necesario la formalización de un contrato-modelo oficial aprobado por la DGRN o autorizado por entidades y agrupaciones profesionales, de financiación, venta a plazos y arrendamiento financiero (art. 10 de la Orden de 19 de julio de 1999, por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles).

(23) Así lo sostiene SIMÓN MORENO, H., 2017, pp. 182-183, con cita a pie de p. y en el mismo sentido DEL POZO CARRASCOSA, P.; VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*, y PUIG I FERRIOL, L., y ROCA I TRIAS, E., *Institucions del Dret civil de Catalunya. Volum IV. Drets reals*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 380.

### 1.3.2 *Ventajas e inconvenientes*

Si nos centramos en la posición del comprador de la propiedad temporal –que, se supone, es la parte a la que la Ley 19/2015 quiere favorecer facilitando su acceso a la vivienda–, la ventaja más importante que se advierte reside en que la adquisición del derecho resulta económicamente más asequible que la adquisición de la plena propiedad y disfrutando de la misma utilidad (posesión material y jurídica) que la que comporta ésta.

De nuevo Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy y Bosch Capdevila<sup>(24)</sup> describen como ejemplo de utilidad práctica y aspecto ventajoso de esta figura el de «ciertos matrimonios con hijos que necesitan una vivienda relativamente grande mientras éstos viven en el domicilio familiar, pero que cuando los hijos se emancipen tendrían suficiente con un espacio más reducido; a este matrimonio le podría interesar adquirir no la propiedad plena de la vivienda, muy costosa, sino la propiedad temporal durante el plazo que se prevea que la necesitarán, por ejemplo veinticinco o treinta años, lo que supondrá un ahorro en el precio de adquisición».

Otra ventaja a considerar es la de la estabilidad en la tenencia de la vivienda, un mínimo de 10 años, sobre todo si la comparamos con los 5 años mínimos que previene la LAU para el arrendamiento de vivienda.

En cuanto a desventajas, destacamos el importante impacto económico que comporta la adquisición de la propiedad temporal en los órdenes fiscal, notarial y registral, sobre todo si lo comparamos con el que resultaría con la adquisición de una tenencia en régimen de arrendamiento por un mismo plazo que el previsto para la propiedad temporal.

## 2. EL DERECHO DE USUFRUCTO

El concepto legal de esta figura lo proporciona el artículo 467 CC, según el cual, por medio del derecho de usufructo se tiene derecho a disfrutar de los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia<sup>(25)</sup>, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa. Los derechos y las obligaciones de la persona que ostenta este poder, esto es, el usufructuario, serán los que determine el título de constitución del

(24) DEL POZO CARRASCOSA, P.; VAQUER ALOY, A., Y BOSCH CAPDEVILA, E., 2023, pp. 163-164.

(25) Conceptos éstos harto imprecisos que vienen a significar que no se pueden alterar los caracteres esenciales del bien. La idea es que el usufructuario, al finalizar por cualquier causa su derecho y salvo previsión diferente, debe restituir al propietario el mismo bien, con las características esenciales que éste tenía al constituirse el usufructo, en la medida de lo posible.



usufructo, y en su defecto, o por insuficiencia de éste, se estará al resto de disposiciones del CC.

El usufructo se constituye, según dispone el artículo 468 CC, por ley, por voluntad de los particulares manifestada en actos *inter vivos* o *mortis causa* (por transmisión o reserva), o por vía judicial. También puede adquirirse por usucapión. Igualmente, puede llegar a constituirse de manera forzosa por la Administración pública<sup>(26)</sup>. Puede constituirse en todo o parte de los bienes de una persona, sobre uno o más bienes determinados<sup>(27)</sup> o sobre la totalidad o una parte de sus utilidades. También sobre un derecho siempre que éste tenga carácter personalísimo o intransmisible. El usufructo puede constituirse a favor de una o varias personas, de manera simultánea o sucesiva. El constituido a favor de una persona física tiene carácter vitalicio, a no ser que el título constitutivo establezca otra cosa. El constituido a favor de diversas personas vivas al tiempo de su constitución no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere; el constituido a favor de una persona jurídica tiene la duración que se establezca en el título constitutivo, sin que pueda exceder de treinta años, y si no se hubiera fijado plazo, se presume por treinta años.

En lo que concierne a aspectos formales, la constitución de un derecho de usufructo no está sujeta a ninguna regla formal *ad solemnitatem*, pudiéndose constituir verbalmente, en documento privado o mediante documento público, si bien, para la validez de la donación de un derecho de usufructo sobre un bien inmueble será necesario en tal caso el otorgamiento en escritura pública al exigirlo la ley por el objeto y la naturaleza del acto que lo constituye (art. 633 CC).

Antes de analizar los derechos y obligaciones de la persona usufructuaria, nos detendremos en unas breves consideraciones de orden tributario, que no resultan baladí a la hora de valorar la conveniencia o no de

---

(26) DEL POZO CARRASCOSA, P.; VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., 2023, p. 392, refieren como supuesto de constitución forzosa por parte de la Administración el contemplado en el artículo 4.3 del Decreto-ley 1/2015, de 24 de marzo, de medidas extraordinarias y urgentes para la movilización de las viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria, en el cual se establece que «la Administración puede acordar la expropiación temporal, por un plazo mínimo de cuatro años y máximo de diez años, del usufructo de viviendas adquiridas en un proceso de ejecución hipotecaria o mediante compensación o pago de deuda con garantía hipotecaria, que estén desocupadas por causa de falta de las condiciones y de los requisitos de habitabilidad, y que estén situados en municipios considerados áreas de demanda residencia fuerte y acreditada [...]». Sorprendentemente, la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, no contiene ninguna referencia a la posibilidad de constituir forzosamente por la Administración competente el usufructo de una vivienda.

(27) El hecho de que el CC no establezca ninguna clase de restricción y que el artículo 467 CC haga referencia a la obligación de conservar la forma y sustancia del bien ajeno, permite sostener que serán objeto idóneo de usufructo aquellos que sean fructíferos o que puedan ser utilizados directamente por su titular sin que se consuman y alteren con ello su forma y sustancia, como los bienes inmuebles y, en particular, la vivienda. Pero ello no excluye que el usufructo pueda recaer en otra clase de bienes.

constituir este derecho. Las implicaciones fiscales dependerán según se trate de una constitución por título oneroso (quien adquiere el derecho lo hace a cambio de pagar un precio por él), en cuyo caso la constitución estaría sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (ITP) en la modalidad de transmisiones onerosas, o bien se constituye por título gratuito (sin contraprestación económica, como en el caso de una donación o herencia), en cuyo caso la constitución estaría sujeta al Impuesto de Sucesiones y Donaciones (ISD), con lo que ya aventuramos como principal desventaja de esta figura la importante repercusión fiscal de su constitución.

## 2.1 Derechos y obligaciones del usufructuario

En líneas generales, los derechos del usufructuario se pueden clasificar en cuatro categorías:

1) El derecho de disfrute de la cosa o bien (el *ius fruendi*): El usufructuario tiene derecho a percibir todos los frutos (naturales, industriales y civiles) de los bienes usufructuados. Si hubiere arrendado el inmueble dado en usufructo y éste finalizara antes de terminar el arrendamiento, solo tendrán derecho a percibir él o sus herederos y sucesores la parte proporcional de la renta que debiere pagar el arrendatario.

2) El derecho a mejorar el bien usufructuado: El usufructuario puede hacer en el objeto de usufructo cuantas mejoras útiles o de recreo tuviere por conveniente, siempre que con ello no altere la forma ni la sustancia del bien –*salva rerum substantia*–. Es importante destacar respecto a las mejoras que realice, que no por ello tendrá derecho a percibir algún tipo de indemnización al finalizar el usufructo. Si fuere posible retirar la mejora sin detrimento del bien usufructuado (por ejemplo, el desmantelamiento del aire acondicionado que instaló en la vivienda), podrá hacerlo en cualquier momento y mantenerla de su propiedad. Lo único que podrá hacer el usufructuario en relación con las mejoras que no pueda retirar es la de poder compensar su valor con los desperfectos del bien usufructuado, salvo que en el título constitutivo se indicara otra cosa.

3) El derecho a ser respetado en su derecho de usufructo: El propietario podrá hacer las obras y mejoras de que sea susceptible el inmueble usufructuado, siempre que por tales actos no resulte disminuido el valor del usufructo, ni se perjudique el derecho del usufructuario.

4) La facultad de disposición sobre el usufructo: El usufructuario puede usar y aprovechar por sí mismo el bien usufructuado, arrendarlo a otro, e incluso enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título

gratuito, pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo<sup>(28)</sup>, salvo cuando el contrato se refiera al arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola.

En cuanto a obligaciones del usufructuario en general, las podemos sintetizar en anteriores, simultáneas y posteriores a la constitución del derecho de usufructo:

A) Se refieren a las «anteriores al disfrute» los artículos 491 a 496 CC, entre las que destacamos la de formar inventario de los bienes que se van a usufructuar, haciendo tasar los muebles y describiendo el estado de los inmuebles, salvo que se estuviere dispensado de hacerlo; y la de prestar fianza suficiente para cubrir los daños en el bien usufructuado al finalizar el usufructo, también salvo que hubiera sido dispensado de ello.

B) Obligaciones simultáneas al disfrute, entre las cuales resaltamos:

– Las referidas a la guarda y conservación del bien: i) Cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia<sup>(29)</sup>; ii) en caso de que el usufructuario enajenare o diere en arrendamiento su derecho de usufructo, será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya; y iii) poner en conocimiento del propietario cualquier acto de un tercero, de que tenga noticia, que sea capaz de lesionar los derechos de propiedad, y responder, si no lo hiciere, de los daños y perjuicios, como si hubieran sido ocasionados por su culpa.

– Las referidas a reparaciones de la cosa: la de llevar a cabo las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo, considerándose como ordinarias las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y resulten indispensables para su conservación. Si no las hiciere después de requerido por el propietario, podrá éste hacerlas por sí mismo a costa del usufructuario<sup>(30)</sup>.

---

(28) El artículo 13.2 LAU reitera esta regla del CC, al indicar que: «Los arrendamientos otorgados por usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador, además de por las demás causas de extinción que resulten de lo dispuesto en la presente ley».

(29) La interpretación más moderna del concepto de un buen padre de familia exige equipararlo con el de una persona razonable que actúa conforme a las reglas de una buena administración.

(30) Las reparaciones extraordinarias son, en cambio, de cuenta del propietario, debiendo no obstante el usufructuario darle aviso cuando fuere urgente la necesidad de hacerlas. En tal caso, el propietario tendrá derecho a exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo. Las obras extraordinarias que no hiciera el propietario pese a ser indispensables para la subsistencia del bien, podrá hacerlas el usufructuario con derecho a exigir del propietario, al concluir el usufructo, el aumento de valor que tuviese el bien por efecto de las obras.



– Las referidas a contribuciones y cargas<sup>(31)</sup>: Los artículos 504 y 505 CC establecen que el pago de las cargas y contribuciones anuales y el de las que se consideran gravámenes de los frutos son de cuenta del usufructuario todo el tiempo que dure el usufructo; mientras que las contribuciones que durante el usufructo se impongan directamente sobre el capital, serán de cargo del propietario<sup>(32)</sup>. Son asimismo a cargo del usufructuario los gastos, costas y condenas de los pleitos sostenidos sobre el usufructo.

C) Obligaciones al finalizar el usufructo: Según dispone el artículo 522 CC, el usufructuario debe entregar al propietario el bien usufructuado, salvo el derecho de retención que compete a éste o a sus herederos por los desembolsos de que deban ser reintegrados.

## 2.2 El derecho real de habitación

Señala con agudeza Fernandez Campos<sup>(33)</sup> sobre la utilidad de este derecho que «ante la incesante ola de intervencionismo legislativo en la regulación del contrato de arrendamiento de viviendas, podrían algunos ciudadanos (dentro de su legítimo derecho a regular sus relaciones sociales y económicas en el marco de la legalidad vigente acudiendo a las instituciones que mejor se acomoden a sus necesidades e intereses), articular el uso ajeno temporal de alguna vivienda de su propiedad a través de la constitución onerosa de un derecho de habitación por el tiempo que ambas partes estimen conveniente y a cambio del canon que ambos consideran apropiado, rigiéndose dicha cesión por lo dispuesto en el título constitutivo y, en su defecto, por las disposiciones contenidas en los artículos 523 a 529 CC».

El derecho real de habitación, cuyo régimen legal se encuentra contenido en los artículos 523 a 529 CC<sup>(34)</sup>, se equipara al derecho de usufructo

---

(31) Los términos contribuciones y cargas no son sinónimos. La contribución alude a una obligación específica de naturaleza tributaria (por ejemplo, un impuesto), mientras que se ha de considerar carga a toda prestación que deba realizarse por razón de la cosa y suponga la existencia de una obligación *propter rem* (por ejemplo, las pensiones de los censos a que está sometida la finca dada en usufructo).

(32) El IBI es un tributo que grava el capital (valor catastral), por lo que según el artículo 504 CC su pago debería corresponder al nudo propietario. No obstante, el artículo 61.2 del TRLRHL establece que la obligación de abonarlo corresponde al usufructuario como sujeto pasivo que es en caso de usufructo.

(33) FERNANDEZ CAMPOS, J. A., 2023, p. 15.

(34) Algunas legislaciones civiles autonómicas españolas tienen también configurado este derecho, como el CCCat en los artículos 562-1 ss., o la Ley de Derecho Civil de las Islas Baleares, cuyo texto refundido fue aprobado por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, en su artículo 54 al regular la modalidad denominada *estatge*.

al serle aplicables las disposiciones establecidas para este derecho en el CC. El artículo 524 CC dispone que la habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia. Se trata de un verdadero derecho real de uso de carácter personal que recae sobre un inmueble ajeno y que está limitado en cuanto a su extensión a las necesidades de su titular y de los miembros de su familia, pero presenta dos particularidades esenciales que le confieren una virtualidad jurídica propia: la temporalidad del uso y su régimen jurídico, las cuales atienden, en primer lugar, a lo que al respecto se hubiera dispuesto en el título constitutivo, teniendo, por tanto, un carácter dispositivo.

La extensión del derecho de habitación más allá de la escueta regulación del CC y de la regulación supletoria del usufructo vendrá determinada, en principio, por lo dispuesto en su título constitutivo (art. 523 CC). Únicamente resultarán de aplicación las disposiciones contenidas en los artículos 524 y siguientes del CC en defecto de título constitutivo o ante la ausencia en el mismo de previsión al respecto. En el título constitutivo pueden establecerse, por tanto, cuantos pactos, cláusulas, estipulaciones y condiciones se estimen convenientes, siempre y cuando no se altere con ello la esencia del derecho real de habitación, de suerte que por esta vía podrían modificarse los elementos accidentales, pero nunca los esenciales, es decir, los que constituyen su naturaleza e índole propios. Como señala Fernández Campos (35), «el propio legislador del Código Civil español permite que las partes puedan lícitamente configurar de modo diferente un derecho real limitado que concede ocupar en una casa ajena las piezas o dependencias necesarias para el alojamiento del titular del derecho y de su familia, y que ese derecho sigue siendo un derecho de habitación aunque el título de su constitución lo haya creado con una duración determinada, no vitalicio, o sometido a una condición resolutoria (por ejemplo, necesidad del propietario), o permita a su titular, el habitacionista, arrendar o ceder su derecho a otro u otros, o haya previsto la satisfacción de una contraprestación inicial por la constitución del derecho o de un canon periódico durante la duración del mismo».

El derecho de habitación es, en resumen, un derecho real inmobiliario<sup>(36)</sup>, que permite a su titular y a las personas de su familia vivir, usar y residir en una vivienda, bien sea en su totalidad o en alguna de las dependencias o anexos de la misma, siendo, además, un derecho en el que las partes pueden acordar válidamente, al igual que con el derecho de

(35) FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., 2023, p. 14.

(36) E aquí la principal diferencia con el derecho de uso *ex* artículo 524 CC, el cual puede recaer tanto sobre un bien mueble como un inmueble, mientras que el de habitación únicamente sobre estos últimos.

usufructo y al amparo de la autonomía de la voluntad, condiciones tales como quién se hace cargo del Impuesto de Bienes Inmuebles y/o de los gastos de comunidad de la vivienda, o qué obras de conservación y mantenimiento serán de cargo del habitacionista y cuáles del propietario de la vivienda. Cuando su constitución es onerosa (a cambio de una contraprestación, de un solo pago o de forma periódica durante su duración, susceptible de actualización según el IPC, por ejemplo), tiene la ventaja con respecto al derecho de usufructo de su menor repercusión o impacto fiscal a la hora de constituirlo<sup>(37)</sup>.

### 2.3 Ventajas e inconvenientes

En la relación de este derecho con la vivienda, al entender de este autor tanto el usufructo como el derecho de habitación presentan importantes ventajas para el usufructuario o el habitacionista, en lo que concierne a la estabilidad y ductilidad temporal que de ordinario ofrecen en la tenencia posesoria de la vivienda. El derecho de habitación se puede configurar por pacto no solo sobre una estancia o habitación de una vivienda, sino sobre toda ella, y en cuanto a la duración del derecho, el mismo régimen que el establecido para el usufructo, pudiendo llegar a ser vitalicio. Para el propietario del inmueble, estos derechos suponen una alternativa la incesante ola de intervencionismo legislativo que se cierne en la regulación de los arrendamientos de vivienda y que comportan importantes restricciones a la libertad de contratación y al mismo derecho de propiedad.

La principal desventaja ya la hemos apuntado más arriba: el importante impacto fiscal, básicamente en ITP y en función de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre la vivienda, que el adquirente de cualquiera de estos derechos va a tener que soportar para hacerse con ellos, sobre todo si se compara con la adquisición de un derecho de arrendamiento durante el mismo periodo de tiempo, fiscalmente mucho menos onerosa (en la actualidad, exenta). Otra desventaja a destacar es el poco

---

(37) El tipo impositivo del ITP varía según la Comunidad Autónoma en la que esté situado el inmueble, y puede alcanzar, conforme a lo previsto en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, entre un 6% y un 10% (actualmente en Cataluña), siendo la cuota tributaria equivalente a aplicar el tipo impositivo correspondiente al valor del derecho de habitación, cuyo cálculo se obtiene aplicando sobre el 75% del valor del inmueble, un 2% por cada año de duración del derecho y sin exceder del 70%. Por ejemplo, la cuota tributaria resultante para la constitución de un derecho de habitación durante cinco años sobre una vivienda en la ciudad de Barcelona con un valor de referencia de 300.000 €, sería de 2.250 €. La cuota por un usufructo temporal de cinco años sería de 3.000 €.

atractivo y aliciente que estas figuras representan como activo patrimonial en el que los particulares decidan residenciar sus ahorros pues, al tener los derechos un carácter temporal, cada día que transcurre de vigencia de los mismos ven reducido su valor y contenido económico si los comparamos con la adquisición y tenencia en propiedad.

### 3. EL DERECHO DE SUPERFICIE

#### 3.1 Régimen legal

El derecho de superficie se configura como un derecho real sobre finca ajena, que atribuye temporalmente a su titular la propiedad separada de las construcciones (una vivienda, por ejemplo) o de las plantaciones que estén incluidas en la misma, y que, una vez finalizada la duración del derecho, la propiedad de lo construido (de la vivienda, para seguir con el ejemplo) o plantado, revierte o pasa a favor del propietario de la finca ajena. Es decir, con el derecho de superficie se mantiene una separación inicial entre la propiedad de lo construido o plantado y la propiedad preexistente del terreno, solar o suelo en que aquélla se asienta, pero esto se mantendrá así solo de forma temporal porque al final del derecho, la propiedad del todo (suelo y construcción) pasa a ser del propietario preexistente.

Según la opinión más extendida y tomando como referencia las regulaciones de los dos únicos cuerpos legales civiles que actualmente lo definen, a saber, el Código civil de Cataluña en su libro quinto (arts. 564-1 a 564-6) y la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra (Leyes 430 a 434), se considera el de superficie como un derecho real limitado recayente sobre una finca ajena, que atribuye temporalmente a su titular –llamado superficiario– la facultad de edificar, en su variedad urbana, o plantar, en su variedad rústica, haciéndose dueño de la edificación o plantación mientras esté vigente el derecho, manteniéndose durante este tiempo la separación entre la propiedad de lo que se construye o planta y la del suelo en que se efectúa la construcción o plantación (pudiendo tal derecho referirse también, en su caso, a una edificación subterránea). Tal disociación dominical cesará al alcanzarse el plazo de duración por el que se constituyó el derecho de superficie.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la opinión doctrinal más extendida es que se trata de un derecho real limitado, de goce, en cosa ajena, con sustantividad propia, siendo característica esencial del derecho su temporalidad, con un tope máximo de duración de 99 años.



Se caracteriza también por dar lugar a la denominada «propiedad superficiaria», que comporta para su titular, el superficiario, todas las facultades típicas del dominio (usar, disfrutar, disponer, hipotecar, excluir, reivindicar, etc.), sin perjuicio de que esta modalidad de propiedad o dominio quede resuelta al finalizar la duración del derecho, momento en el cual, salvo pacto en contrario, el propietario del suelo recupera la libertad del mismo y hace suyo lo que sobre o bajo éste se hubiera construido o plantado.

El derecho de superficie se constituye habitualmente por negocio jurídico contractual, pero también es posible mediante donación o sucesión hereditaria voluntaria, por tanto, por causa onerosa o gratuita. No se admite como modo adquisitivo la usucapión.

En cuanto a la forma de constitución, el debate sobre la exigencia o no de la escritura pública y el valor declarativo o constitutivo de la inscripción registral para el nacimiento del derecho dependerá en buena parte del marco legal –civil o urbanístico– que se adopte como referencia del derecho. Así, según la legislación urbanística de general aplicación y de ámbito estatal vigente<sup>(38)</sup>, la inscripción en el Registro de la Propiedad parece presuponer claramente una exigencia constitutiva para el nacimiento del derecho, aunque no existe una opinión unánime al respecto. La regulación civil es más ambigua sobre este particular ya que la única referencia sobre el derecho de superficie y en especial sobre la exigencia o no para su válida constitución de la inscripción en el Registro de la Propiedad, la encontramos en el artículo 16.1 RH al indicar que para su «eficaz constitución», el derecho deberá inscribirse a favor del superficiario. Nótese que lo indica una norma de carácter reglamentario como es el RH, que al afectar a cuestiones que versan sobre la definición del derecho de propiedad no es dado regularlo por vía reglamentaria dada la tradicional reserva de ley en esta materia. Además, la alocución «eficaz constitución» que emplea el artículo 16.1 RH, no es la misma que la de «quede válidamente constituido» que emplea el artículo 53.2 TRLSRU respecto del derecho de superficie; aquella hace referencia a la eficacia y ésta a la validez.

En cuanto al sistema de fuentes, los textos legales que aluden al derecho de superficie y de manera dispersa y no sistemática son el CC, la LH y el RH, las legislaciones forales existentes en Cataluña y Navarra, la legislación urbanística y, por último, determinadas normas legales sobre la propiedad rústica. No obstante, la primera fuente a la que en la práctica se acude en la conformación del derecho es la que contemplan los

---

(38) Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, artículo 53.2 acerca de la constitución del derecho de superficie, dice: «Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad».

artículos 53 y 54 del Capítulo III sobre el derecho de superficie, del Título VII del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (RDleg. 7/2015, de 30 octubre), destacando de su contenido, además de lo hasta ahora indicado, las siguientes notas: a) Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad. En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de noventa y nueve años; b) el derecho de superficie solo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea éste público o privado; c) puede constituirse a título oneroso o gratuito; d) es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas al constituirlo, y cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo; e) en la constitución del derecho de superficie se podrán incluir cláusulas y pactos relativos a derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo; f) el derecho de superficie se extingue si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución y, en todo caso, por el transcurso del plazo de duración del derecho; g) a la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho; y h) la extinción del derecho de superficie por el transcurso del plazo de duración determina la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

En definitiva y para concluir, el derecho de superficie en el ámbito de la vivienda no es más que otra figura jurídica de carácter real que permite a su titular, el propietario superficiario, no solo construir una vivienda en terreno y suelo ajeno, sino también a ser propietario de ella (propiedad superficiaria) a cambio de un precio o canon (cuando la constitución es onerosa) y por un tiempo determinado (no más de 99 años), con todos los derechos inherentes a la propiedad plena, lo que lo asemeja a la *leasehold* o «propiedad temporal» catalana que hemos analizado más arriba. La temporalidad comporta que, una vez finalizado el plazo establecido, el superficiario debe devolver no solo el terreno al propietario del mismo, sino también y en una buena mayoría de casos, la propiedad de la vivienda edificada sobre el terreno.



### 3.2 Ventajas e inconvenientes.

Como ventajas de esta figura podemos destacar, al igual que indicamos al tratar sobre la propiedad temporal y la compartida, que el acceso a la vivienda resulta ser notablemente más económico que en la compra de la propiedad plena. El superficiario no necesita comprar el terreno, lo que reduce significativamente el coste de acceso a la propiedad, cuyo objeto se limita únicamente a lo construido o edificado, con lo que puede ser especialmente beneficioso para el propietario superficiario en áreas donde el precio del suelo es elevado. Como consecuencia de ello, el derecho de superficie constituye una figura inmobiliaria que facilita el desarrollo de viviendas asequibles, especialmente por parte de las administraciones públicas, que ceden suelo público para que se construya en derecho de superficie y en régimen de viviendas de protección oficial o viviendas asequibles, lo que en principio favorece al adquirente de menor capacidad económica.

Otra ventaja, en este caso para ambas partes, propietario del suelo y propietario superficiario, representa el hecho de que el primero mantiene el suelo en su propiedad, no se deshace ni desprende de él, y normalmente recibe un canon, precio o renta a cambio de la cesión del derecho de superficie, cuyo titular, al mismo tiempo, puede disfrutar de la vivienda o de lo edificado durante un periodo de tiempo normalmente prolongado.

En cuanto a inconvenientes, hay que destacar principalmente la duración limitada de la propiedad superficiaria. Pues, aunque los plazos suelen ser largos (hasta un máximo de 99 años), una vez expirado el plazo se extingue esta peculiar forma de propiedad y con ello el derecho de uso y disfrute de la vivienda superficiaria. Aunque sea el de superficie un derecho real transmisible entre vivos, desde el minuto uno de la adquisición el valor de la propiedad superficiaria de la vivienda va disminuyendo a medida que se aproxima el plazo de finalización del derecho, con lo que el valor de la vivienda disminuye y se deprecia la inversión, con lo que es posible que resulte más difícil venderla o tener dificultades de financiación, ya que el comprador o la entidad financiera pueden considerar el riesgo que comporta esta circunstancia y mostrarse más reacios a comprar o a conceder préstamos con garantía hipotecaria.

## BIBLIOGRAFÍA

### a) Libros:

ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil III. Derecho de bienes. Vol. I. Parte general y derecho de propiedad*, Librería Bosch, Barcelona, 1983.



- DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*, 7.<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid, 2023.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Civitas, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1995.
- ESPINET ASENSIO, J. M.<sup>a</sup>, «Derechos de superficie, vuelo y subsuelo», en *Tratado práctico del Derecho de la Construcción* (Coords. Echeverría Summers, F. M., Espinet Asensio, J. M.<sup>a</sup>), Atelier, Barcelona, 2023.
- FERNANDEZ CAMPOS, J. A., *El derecho real de habitación en el Código Civil. Una alternativa para el acceso a la vivienda*, Aranzadi, 1.<sup>a</sup> ed., Pamplona, 2023.
- MOLINA ROIG, E., «Comentarios a la propiedad temporal (art. 547-7)», en Nasarre Aznar, S. (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 165-179.
- NASARRE AZNAR, S., «Comentarios a la propiedad temporal (art. 547-1)», en Nasarre Aznar, S. (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 79-89.
- RIVAS NIETO, E., «La fiscalidad de las tenencias intermedias», en Nasarre Aznar, S. (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 449-491.
- SIMÓN MORENO, H., «Comentarios a la propiedad compartida (art. 556-5)», en Nasarre Aznar, S. (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 269-272.
- «Comentarios a la propiedad temporal (art. 547-8)», en Nasarre Aznar, S. (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 181-189.

## b) *Revistas*

- GARCÍA TERUEL, R. M., y NASARRE AZNAR, S., «Quince años sin solución para la vivienda. La innovación legal y la ciencia de datos en política de vivienda», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 789, 2022, pp. 183-223.
- IZQUIERDO GRAU, G., «Las facultades dominicales de los propietarios material y formal en la propiedad compartida», *Indret* 1/2019 (*Revista para el Análisis del Derecho*), [www.indret.com](http://www.indret.com).
- «Estudio de la regulación de la propiedad compartida del Código civil de Cataluña», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 772, 2019, pp. 719-760.
- VENDRELL FERRER, E., «L'accés a l'habitatge digne: un dret humà fonamental», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1-2024, pp. 81-119.





## D. ¿Nuevas formas de tenencia y alojamiento? «Cohousing, coliving»

Ángel Juárez Torrejón

Universidad Carlos III de Madrid

ajuarez@der-pr.uc3m.es

**Resumen:** *La nueva realidad social, económica y demográfica de nuestro país, ha llevado a la aparición de modelos de convivencia que suponen una importante novedad, en comparación con las formas tradicionales de tenencia de la vivienda (concretamente, la propiedad y el arrendamiento). Son las llamadas «viviendas colaborativas», o modelos coliving o cohousing, cuya característica principal es que, al aspecto privado de la vivienda, se le superpone un aspecto colectivo y colaborativo mutuo que vertebra y da razón al modelo convivencial, y que supone derechos y obligaciones para los partícipes del modelo.*

*Los modelos coliving-cohousing son modelos fácticos, y no describen una figura jurídica definida. El reto del jurista en este punto es encontrar las figuras más apropiadas para articular estos modelos de convivencia, respetando los fundamentos colaborativos que subyacen en ellos, analizando los pros y contras de las distintas opciones.*

**Palabras clave:** *Coliving. Cohousing. Senior cohousing. Vivienda colaborativa. Sociedad cooperativa.*



**Abstract:** *The new social, economic and demographic reality of our country has implied the emergence of living models that represent an important novelty, considering specifically the property and renting as traditional models. That new living models are the so-called «collaborative housing», or coliving or cohousing models, whose main characteristic is that, on the private aspect of the home, a collective and mutual collaborative aspect is added to those structures and gives the reason to the model, and that assumes rights and obligations for the participants of the model.*

*The coliving-cohousing models are factual models, and do not describe a legal figure. The aim for the jurist at this point is to find the most appropriate figures to articulate these models of coexistence, respecting the collaborative basis that underlie them, analyzing the pros and cons of the different options.*

**Keywords:** *Coliving. Cohousing. Collaborative housing. Cooperative.*

**Sumario:** 1. Aproximación a los conceptos *coliving* y *cohousing*. 2. Vivienda colaborativa, *coliving* y *cohousing*. Aclaración terminológica. 3. Las causas de irrupción de los modelos *coliving*-*cohousing*. Una aproximación sociológica. 3.1 Envejecimiento poblacional. Aproximación a la idea de «envejecimiento activo». 3.2 Los problemas del segmento poblacional adulto más joven para acceder a la vivienda. 4. El papel del Derecho Privado ante la irrupción de estos nuevos modelos convivenciales colaborativos. 5. Análisis jurídico concreto del modelo *coliving-cohousing*. 5.1 El aspecto inmobiliario arquitectónico en el modelo *coliving-cohousing*. 5.2 El aspecto *funcional* o *dinámico* del modelo *coliving-cohousing* superpuesto al inmobiliario. 5.2.1 La figura de la sociedad cooperativa, en general. 5.2.2 La figura de la sociedad cooperativa de viviendas, en particular. 5.2.2.1 Atribución en régimen de propiedad. 5.2.2.2 Atribución en régimen de usufructo. 5.2.2.3 Atribución en régimen de habitación. 5.2.2.4 Atribución en régimen de arrendamiento. 5.2.2.5 Atribución en régimen de «derecho societario». Bibliografía.

## 1. APROXIMACIÓN A LOS CONCEPTOS *COLIVING* Y *COHOUSING*

Con las expresiones anglosajonas *coliving* y *cohousing* no se designa ninguna categoría ni ninguna figura jurídica, sino una realidad social, en relación con la cual se espera que el Derecho pueda dar la adecuada cobertura y soporte. Incluso en un sentido literal, ambas expresiones (que

quizá podríamos traducir como cohabitación / hogar o alojamiento colectivo) no resultan suficientemente expresivas para describir su significado más profundo, que solo puede comprenderse desde unos fundamentos sociológicos y demográficos que conviene tener muy presentes.

Cuando se habla de *coliving* o de *cohousing*, se está hablando de un modelo *convivencial colaborativo*, cuya característica principal es que, a la tradicional idea de vivienda privada particular, se *superpone* un aspecto *colectivo colaborativo común* entre todos los titulares de la viviendas (titulares que, como veremos, no tienen necesariamente que ser *propietarios* de las mismas) que no se reduce el uso y disfrute de la vivienda privada (como sucedería en el régimen tradicional de la propiedad horizontal), sino que va mucho más allá, haciendo que la vida *en* comunidad sea el eje vertebrador del modelo de vida al que el titular libremente se adhiere y en el que libremente permanece. Esto, como hemos señalado, no se hace negando el imprescindible aspecto privado e íntimo de la vivienda particular; pero en estos modelos convivenciales este aspecto deja de ser el *primordial*, pues lo que a aquellos le da sentido y unidad, y justifica su constitución y continuidad como modelo en su totalidad, es el aspecto colectivo o común.

Desde un punto de vista jurídico, estos modelos no exigen, ni responden, a una concreta estructura jurídica. En líneas generales, descriptivamente son fenómenos *fácticos*, a los que debe buscarse un adecuado soporte jurídico que lo permita. Como ha señalado Cátedra, «lo más importante de un *cohousing* es el grupo, una comunidad cohesionada, colaborativa y con vínculos y no tanto la forma jurídica que tome el grupo o el propio edificio»<sup>(1)</sup>. La búsqueda del régimen jurídico más apropiado para articularlo es uno de los objetivos de estudio, para lo que hay que tener muy presente que la posición del titular de una vivienda integrada en estos modelos convivenciales no queda definida solo por el conjunto de derechos y obligaciones inherentes al título por el cual le corresponde dicha vivienda (propiedad, arrendamiento, habitación, usufructo, etc.), sino que a esa posición jurídica básica *se le ha de añadir* un conjunto de derechos y obligaciones a través de las cuales (y en tanto lo permita el régimen jurídico del título por el cual se ha atribuido de manera particular el derecho sobre la vivienda) se consigue la implicación de todos y cada uno de los titulares en el aspecto colectivo-colaborativo que vertebra estos modelos de convivencia.

El análisis jurídico de estos modelos convivenciales resulta complejo, porque el estudio crítico de las instituciones que permitan su vertebración exige considerar simultáneamente, por un lado, cuál es el título atributivo

---

(1) CÁTEDRA, M., 2023, p. 212.

más apropiado de la vivienda, y por otro lado, cuál es el mecanismo más apropiado para superponer a aquél el conjunto de derechos y obligaciones que exigen estos modelos, sin desnaturalizar ni uno ni otro. El análisis de ambos aspectos se realizará en las páginas siguientes.

## 2. VIVIENDA COLABORATIVA, *COLIVING* Y *COHOUSING*. ACLARACIÓN TERMINOLÓGICA

Como hemos adelantado, con los términos *coliving* y *cohousing* no se describe ninguna figura jurídica, sino una realidad sociológica, que consiste en un modelo de convivencia en el que se coordina el aspecto individual con el colectivo y comunitario o colaborativo entre los partícipes de tal modelo. Esa colaboración mutua resulta imprescindible para la consecución de un *fin*, el cual le da sentido en el momento de su constitución, y en torno al que se estructura (ha de estructurarse) su permanencia en el tiempo.

En este sentido, el modelo convivencial *coliving-cohousing* es una especie de una categoría mayor que se empieza a conocer con la expresión «vivienda colaborativa», o también con la menos usada pero igualmente plástica «comunidad intencional». Lo que caracteriza a la vivienda colaborativa es el compromiso adquirido por todos sus partícipes en colaborar y participar en la consecución de un objetivo o intención que puede ser muy variado, aunque generalmente se le asignan valores socialmente positivos (facilitar el acceso a la vivienda, ayuda mutua, reducir el impacto medioambiental, evitar la soledad, etc.). En cualquier caso, es objetivo intencional común en torno al que se organizan estos modelos convivenciales no responden a un modelo empresarial mercantil: son comunidades que se caracterizan por la autogestión y la colaboración interna entre sus partícipes, carecen de ánimo de lucro<sup>(2)</sup>, no están orientadas a actuar en el tráfico con terceros y en este sentido no precisan en sentido riguroso de personalidad jurídica propia (aunque lógicamente ello no impide que de manera auxiliar actuar en el tráfico para obtener bienes o servicios para la mejor consecución de sus objetivos), y en lo que a este estudio interesa, junto con esta intención o finalidad que vertebra el modelo colaborativo, coexiste la de procurar una vivienda a sus partícipes: ambas finalidades carecen de sentido la una sin la otra en estos modelos.

Desde un punto de vista terminológico, a partir de aquí la cuestión se complica, pues la práctica ha acuñado expresiones (mayoritariamente de

---

(2) Ha señalado Martínez Martínez como característica de la vivienda colaborativa, el que ésta «no genera recursos económicos por sí misma» (MARTÍNEZ MARTÍNEZ, N., 2021, p. 332).

origen anglosajón) que pretenden ser descriptoras de modelos convivenciales colaborativos a los que ya se incorpora un contenido sustantivo material derivado de la intención concreta para la que surgen. Así, comienza a hablarse también de modelos *coworking* (en el que el aspecto colaborativo gira en torno a procurar espacios de trabajo), de *ecovillages* (en el que ese aspecto colaborativo está orientado a la sostenibilidad medioambiental), y desde luego, las ya vistas expresiones *coliving* y *cohousing*, cuyos contornos no parecen muy claros entre los que han estudiado la materia<sup>(3)</sup>. Ello pudiera deberse a que «el término *cohousing* se utiliza muy a menudo de manera estratégicamente ambigua o difusa para canalizar proyectos económicos, políticos y sociales muy diversos»<sup>(4)</sup>.

Sea como fuere, y para no complicar en exceso esta exposición, nosotros vamos a utilizar como sinónimos los términos *coliving*, *cohousing* (que para mayor claridad emplearemos de manera conjunta) y vivienda colaborativa.

### 3. LAS CAUSAS DE IRRUPCIÓN DE LOS MODELOS COLIVING-COHOUSING. UNA APROXIMACIÓN SOCIOLÓGICA

Como hemos apuntado *supra*, el modelo convivencial objeto de este estudio irrumpe como fenómeno impulsado por una realidad social y demográfica sobre la que debemos detenernos, respecto de la cual los modelos *coliving-cohousing* no son otra cosa que una de las posibles adaptaciones naturales.

Hemos visto también que las viviendas colaborativas, como *estructuras*, pueden ponerse al servicio de distintos fines, con tal de que el aspecto convivencial colaborativo y participativo no empresarial pueda resultar de utilidad. Pues bien, del abanico de posibles fines a los que el modelo en estudio puede ponerse a su servicio, en este estudio vamos a centrarnos en únicamente *dos* de ellos, que son lo que en términos de política de vivienda más preocupa a las Administraciones competentes, y en la práctica

---

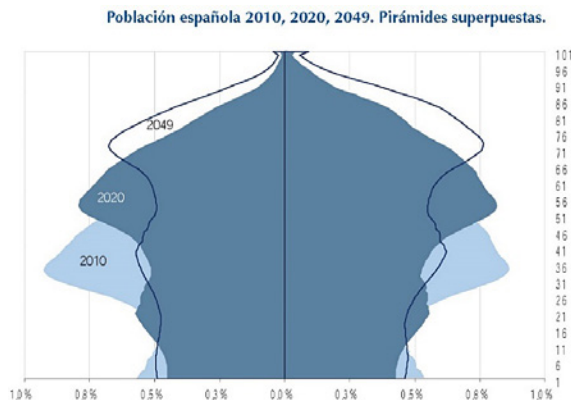
(3) En este sentido, en ocasiones se utilizan las expresiones *coliving* y *cohousing* como sinónimas; en otras, los sinónimos son *cohousing* y vivienda colaborativa; en otros trabajos, se propone reservar la expresión *coliving* a viviendas con finalidad turística frente al término *cohousing* [así, RIBAS BONED, M. A., y SAJARDIO MORENO, A., 2023, p. 917]; finalmente, en otros trabajos se ha propuesto diferenciar *coliving* y *cohousing* atendido a la franja de edad poblacional de los titulares de las viviendas [así, Ramón Fernández parece proponer el uso del concepto *coliving* para las franjas de edad más jóvenes, dejando el empleo del término *cohousing*, o *senior cohousing* para los segmentos poblacionales de edades más avanzadas –ver RAMÓN FERNÁNDEZ, F., 2024, especialmente p. 27-35].

(4) CÁTEDRA, M., 2023, p. 217.

son las razones principales de su irrupción en nuestra sociedad<sup>(5)</sup>, a saber: 1) el envejecimiento poblacional, y 2) el acceso a la vivienda de los segmentos poblacionales adultos más jóvenes.

### 3.1 Envejecimiento poblacional. Aproximación a la idea de «envejecimiento activo»

A lo que ahora nos interesa, podemos identificar con relativa claridad tres elementos que describen la realidad, y con seguridad la futura tendencia, del desarrollo demográfico español: 1) un aumento de la esperanza de vida, que implica por tanto una mayor longevidad; 2) un descenso muy acusado de la natalidad; y 3) finalmente un elemento que en la actualidad parece compensar en cierto grado los dos anteriores, que es la alta tasa de inmigración de personas jóvenes o en edad de trabajar. Resumidamente, podemos decir que la conjunción de estos factores está produciendo que, lo que conocemos como «pirámide poblacional» tienda a invertirse, y en la actualidad, como paso intermedio a esa inversión, empiece a parecer más bien a un «pilar» que, *de momento* parece sostenerse en el tiempo debido a los flujos migratorios<sup>(6)</sup>.



**Fuente:** *Envejecimiento activo. Libro Blanco* (p. 46).

(5) Coincidimos en este punto con las ideas expuestas por RIBAS BONED, M. A., y SAJARDIO MORENO, A., 2023, p. 915-916 y 927.

(6) Subrayamos *de momento*, porque tal y como se ha puesto de manifiesto en el documento *España 2050: fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional a Largo Plazo*, elaborado por el Ministerio de la Presidencia en el año 2021, los flujos migratorios pueden mitigar este desafío demográfico en el corto y medio plazo, pero no en el largo plazo, pues la población inmigrante también envejecerá y las generaciones posteriores tenderán a adaptar sus patrones de fecundidad a los nuestros -p. 220-221-.

En España hay menos nacimientos; pero se vive más, y a lo que ahora nos interesa, se vive con más calidad en la vejez. Esa *mayor y mejor* longevidad se consideran «años obtenidos a la vejez», que en palabras del documento *Envejecimiento activo. Libro Blanco*, «ha permitido extender el horizonte cronológico de las personas, concebir la muerte como evento alejado en el tiempo, lo que facilita la planificación individual del curso de vida y los proyectos a largo plazo»<sup>(7)</sup>; y lo que quizá sea más importante a nuestro objeto: supone que los estereotipos asociados a la vejez (improductividad, aislamiento, dependencia) queden por completo obsoletos<sup>(8)</sup>.

Todo lo anterior nos sitúa en un escenario en el que algunos estudios asumen que en el año 2050, una de cada tres personas tendrá en España 65 años o más; pero en líneas generales, y aunque habría que hacer distinciones por colectivos, se tratará de un segmento poblacional potencialmente activo y participativo. Surge así un concepto que nos ayuda a describir esta nueva realidad social: el de *envejecimiento activo*, que en definitiva implica comprender la vejez «no como un segmento de edad, sino como una etapa más del ciclo vital, con la misma entidad que otras»<sup>(9)</sup>.

El concepto de *envejecimiento activo* está a su vez unido esencialmente a la idea de *participación social*, de manera que sin ésta, aquél no existe. Y en lo que a este trabajo interesa, en los últimos años varios estudios inciden en que un aspecto fundamental de la participación vinculado al envejecimiento activo, es el de la *vivienda*; concretamente, la necesidad de fomentar que las personas planifiquen y participen en la creación y en el posterior mantenimiento y funcionamiento de comunidades de vida basadas en la colaboración alternativa al modelo residencial tradicional de la «tercera edad» al menos, y como poco, en los primeros años de la vejez, y en el que la persona mayor se encontrará en *su hogar*<sup>(10)</sup> y <sup>(11)</sup>.

Y es así que los modelos *coliving-cohousing* se plantean como una consecuencia natural de esta realidad demográfica, y que como hemos visto, en ocasiones se denomina *senior cohousing*.

---

(7) Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad-IMSERSO, 2011, p. 39 (la negrita es del texto original).

(8) Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España, 2021, p. 222.

(9) FERNÁNDEZ PORTERO, C., y SÁNCHEZ MEDINA, J. A., 2017, p. 42, recogiendo ideas ya apuntadas por BATES y BATES.

(10) Como resume con claridad CÁTEDRA, «[e]l llamado *Senior Cohousing* es un modelo de comunidad residencial autopromovido y autogestionado por los propios miembros, personas mayores, para la ayuda mutua, autonomía personal, la participación, el equilibrio entre vida privada y comunitaria y su enfoque social» (CÁTEDRA, M., 2023, 211).

(11) Lo que, con gran probabilidad, marcará también una futura evolución de las residencias, que evolucionarán desde un modelo «institucional» a un modelo «hogar». Véase Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España, 2021, p. 228.

### 3.2 Los problemas del segmento poblacional adulto más joven para acceder a la vivienda

Ciertamente el envejecimiento de la población puede señalarse como la causa más importante por la que el modelo convivencial *coliving-cohousing* ha llamado la atención de los Poderes Públicos. Pero no es la única causa. Paradójicamente, si estos modelos convivenciales parecen útiles para la mejora de los segmentos poblacionales de edades más avanzadas en los términos recién explicados, también se nos presentan como útiles para segmentos poblacionales adultos más jóvenes como vía para el acceso a la vivienda.

Los salarios bajos, especialmente en los inicios de la vida laboral, unido al alto precio de la vivienda tradicional en propiedad y las dificultades para acceder a la financiación para la compra de la vivienda, han tenido como efecto un importante retroceso en la salida del hogar familiar, y con ello y por ello, un descenso en la natalidad. En la Estrategia *España 2050* se pone de manifiesto que el porcentaje de españoles con edades entre los 18 y 34 años que aún vive con sus padres, es muy superior al de la media de la UE (64% frente al 50%, respectivamente). En este punto, una de las prioridades que se marca el Estado en su Estrategia *España 2050* es «reducir las dificultades en el acceso a la vivienda de calidad», en el entendido que ello es «crucial para mejorar las tasas de natalidad, favorecer la capacidad de consumo y ahorro de los hogares, y evitar, por esta vía, un incremento de la desigualdad»<sup>(12)</sup>. Y en este punto, precisamente el modelo que implica *el coliving-cohousing* se plantea, entre otras, como una fórmula que puede ayudar a la consecución de aquel objetivo<sup>(13)</sup>.

Y es así también que los modelos *coliving-cohousing* se plantean como una consecuencia natural de esta realidad social.

## 4. EL PAPEL DEL DERECHO PRIVADO ANTE LA IRRUPCIÓN DE ESTOS NUEVOS MODELOS CONVIVENCIALES COLABORATIVOS

El análisis que vamos a realizar de los repetidos modelos convivenciales, se hará *principalmente* desde la óptica del Derecho Privado. Esto

(12) Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España, 2021, 262.

(13) *Loc. cit.* Véase también el apartado III del preámbulo del RD 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025 (BOE de 19 de enero).



quiere decir que haremos hincapié en los distintos instrumentos que el Derecho pone a disposición de los particulares para que ellos, y entre ellos, den forma a tales modelos de vida. El impulso y la promoción de tales modelos corresponde a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda, y que generarán, en el desarrollo de tales políticas públicas, el contexto en el que las instituciones de Derecho Privado operarán en concreto.

Desde luego, la iniciativa privada podría funcionar sin aquéllas; pero la definición de políticas públicas, que en buena técnica legislativa debe tener un importante matiz transversal, habría de contribuir a reducir la complejidad negocial, y a identificar las figuras de Derecho Privado más eficaces para la articulación del modelo *coliving-cohousing*.

Esta idea nos parece, en principio, fácil de comprender en la teoría. El problema que se plantea entre nosotros es a la hora de llevarlo a la práctica, debido al complejo reparto competencial de nuestro estado autonómico: si, a salvo lo dispuesto en el artículo 149.1.8.º de nuestra Constitución en lo relativo al desarrollo de los derechos forales, el Estado tiene competencia exclusiva en materia de Derecho Civil y Mercantil (*cfr.* artículo 149.1 CE, apartados 6.º y 8.º), sin embargo las Comunidades Autónomas son las competentes en materia de vivienda (*cfr.* artículo 148.1.3.º CE); y a mayor abundamiento, entre Estado y Comunidades Autónomas se da un peculiar reparto (o casi mejor, *conurrencia*) competencial precisamente en la regulación de la figura societaria que, como veremos, parece ser la más apropiada para vertebrar el modelo *coliving-cohousing*: la sociedad cooperativa.

Este panorama puede ser un condicionante para una implantación fácil y uniforme en todo el territorio español de los modelos convivenciales objeto de este estudio, que no podemos pasar por alto.

## 5. ANÁLISIS JURÍDICO CONCRETO DEL MODELO *COLIVING-COHOUSING*

Como hemos señalado más arriba, el modelo *coliving-cohousing* es un modelo de vida, en el que el partícipe satisface su necesidad vital e íntima de ser titular de una vivienda. Pero a esta finalidad de obtener una vivienda, y sin negarla, se superpone o añade *necesariamente* un aspecto colectivo y colaborativo que es lo que caracteriza a dichos modelos de vida, y permite aislarlo como fenómeno social. Esto tiene repercusión inevitable, en un doble aspecto: en primer lugar, en el aspecto objetivo-inmobiliario, vale decir, en los espacios físicos en los que se van a desa-



rollar tanto la vida personal y privada como la vida comunitaria y colaborativa entre todos los partícipes; y en segundo lugar, en el conjunto de derechos, pero también de *obligaciones*, que van a definir la posición jurídica de dichos partícipes de manera recíproca de una manera compleja, más allá de una simple remisión al título por el que se sea titular de una vivienda.

La descripción de estos factores en el modelo *coliving-cohousing*, y la presentación de las distintas alternativas de configuración que ofrece el Derecho Privado para articular los repetidos modelos, es lo que vamos a analizar en las páginas siguientes.

### 5.1 El aspecto inmobiliario arquitectónico en el modelo *coliving-cohousing*

Como es evidente, el modelo convivencial en estudio precisa de una realidad inmobiliaria que le dé soporte objetivo, y en el que poder desplegar de manera efectiva, tanto la finalidad de vivienda privada de sus partícipes como del aspecto colectivo y colaborativo que caracteriza a dicho modelo. Por ello, no es de extrañar que haya un amplio (y lógico) consenso a la hora de señalar como eje vertebrador del modelo en estudio el de la coexistencia de espacios de uso o aprovechamiento privativo, y de espacios de uso común, *pero con preeminencia de estos últimos sobre aquéllos*.

La coexistencia de espacios privativos con espacios comunes, y la necesidad de articular su recíproca dependencia e integración, nos aproxima al esquema conceptual de la *propiedad horizontal*, y con ello, a su aptitud como modelo de solución de los conflictos de intereses que pudieran plantearse en estos modelos de vivienda colaborativa<sup>(14)</sup>. Sin embargo, la doctrina también ha apuntado, agudamente, que la preeminencia en estos nuevos modelos convivenciales de lo colectivo sobre lo

---

(14) En este punto, el régimen de la propiedad horizontal es apropiado para estructurar objetivamente los espacios privativos y comunes del inmueble, ya éste adopte un modelo arquitectónico *vertical* o a lo alto, ya lo adopte a lo ancho (respondiendo en este último caso a la idea de *propiedad horizontal tumbada*). En este sentido, el régimen de propiedad horizontal puede adaptarse a los modelos adoptados en los países de nuestro entorno. Siguiendo a MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «la configuración arquitectónica concreta del conjunto residencial puede ser de diferente tipo en función de la voluntad de sus miembros. Así, por ejemplo, en Dinamarca, Holanda y Reino Unido se opta mayoritariamente por la creación de una casa o sala común que ocupa la posición central del entorno residencial, alrededor de la cual se construyen viviendas unifamiliares e independientes, mientras que en países como Suecia es más común que la vivienda colaborativa se ubique en un edificio en el que la planta baja se convierte en el espacio comunitario de desarrollo de la vida social, distribuyéndose las plantas superiores entre los miembros del *cohousing* para su uso privado» (MARTÍNEZ MARTÍNEZ, N., 2021, p. 331).

privativo, se aleja del modelo tradicional del régimen de propiedad horizontal, en el que lo común es auxiliar e instrumental de los elementos privativos –pisos y locales–.

Con todo, y con los matices que luego veremos, la organización inmobiliaria que permite el modelo tradicional de la propiedad horizontal, identificando como unidades de tráfico independiente unos espacios (elementos privativos), vinculados de manera inseparable a unos elementos y espacios comunes que no pueden ser objeto de tráfico separado, plantea una base objetiva inmobiliaria adecuada a estos nuevos modelos convivenciales, al menos como punto de partida<sup>(15)</sup>, concretamente si el título por el que se atribuyen las viviendas a los partícipes de este modelo convivencial es el dominio o un derecho real de disfrute (sobre esta cuestión, *vid. infra*). Sin embargo, la peculiaridad es que estos elementos «comunes», como hemos adelantado, no son auxiliares ni instrumentales de los privativos, y casi podría afirmarse sin exagerar, que son estos últimos los que tienen un papel secundario con respecto a los elementos comunes, o al menos, igual, por cuanto los elementos y espacios comunes suponen la explicitación objetiva de este peculiar modelo convivencial (lo que, como veremos más adelante, tendrá importantes consecuencias a la hora de analizar críticamente el título atributivo de la vivienda más apropiado). Para ilustrar la idea que acaba de apuntarse, nos parece muy revelador el Plan General de Ordenación urbana de Madrid. Este plan, tras su modificación de noviembre de 2023, regula entre otras la categoría de «vivienda colectiva tipo 2», definida como aquella que completa «su programa mediante un espacio privativo y otro comunitario de estancia y ocio al servicio de los residentes del edificio [art. 7.3.1, apartado 2.a), i)], y es la categoría que permitiría urbanísticamente la implantación del modelo *coliving-cohousing*. Pues bien: si como regla general del citado Plan municipal la vivienda “mínima” debe contar con al menos 40 metros cuadrados útiles de extensión, de esta regla se exceptúa precisamente y como novedad a las «viviendas colectivas tipo 2», en las que «podrá reducirse la superficie mínima de la vivienda hasta treinta (30) metros cuadrados cuando se dispongan zonas comunitarias de estancia y ocio de una cuantía

---

(15) Con todo, y aunque adelantemos algunas ideas, conviene poner la atención en este momento en la reciente Ley de sociedades cooperativas de las Illes Balears (Ley autonómica 5/2023, de 8 de marzo). En ella, se regula la sociedad cooperativa de viviendas *de cesión de uso*, que como veremos están orientadas a la organización de modelos *coliving-cohousing*. Curiosamente, para este tipo de cooperativas de vivienda se prohíbe expresamente «la división horizontal del edificio», si bien la misma Ley prevé excepciones, tales como que en el edificio ya existiera una división horizontal hecha, haya una exigencia legal o reglamentaria o sea precisa para obtención de créditos de entidades financieras (art. 130.5, c) Ley balear de cooperativas). De forma coherente, este modelo impide la atribución de las viviendas a los socios cooperativistas mediante títulos de dominio o de cualquier otro derecho real.

igual o superior a la suma de la reducción de la superficie de cada vivienda por debajo de la vivienda mínima [40 m<sup>2</sup>] [...]» (art. 7.3.4, apartado 3 del Plan General de Ordenación urbana de Madrid)<sup>(16)</sup>.

Los espacios en que se desarrollarían las actividades comunes podrían tener también la consideración de *departamentos procomunales*, figura ésta la del departamento procomunal, a decir de la STS de 16 de mayo de 2006<sup>(17)</sup>, de contornos «difusos, pero que sería un condominio de fin subordinado a unas propiedades plenas, en el que los propietarios tienen una cuota indivisa que guarda proporción con la que tienen en sus respectivos departamentos en propiedad horizontal»; una suerte, pues, de vinculación *ob rem* entre ese espacio común y los privativos que ha de tener su necesario reflejo en el título constitutivo de la propiedad horizontal<sup>(18)</sup>.

Por último, tanto el aspecto orgánico del régimen de propiedad horizontal y el de toma de decisiones en lo relativo a la realidad arquitectónica del edificio, parecen apropiados, o al menos no plantean serios problemas, para disciplinar estos modelos convivenciales.

Ahora bien: aunque el régimen de la propiedad horizontal pueda considerarse apropiado como disciplina de la base objetiva del modelo *coliving-cohousing*, debe tenerse en cuenta que esto es únicamente a los efectos de dotar de régimen jurídico objetivo a los distintos espacios en los que se desarrollará la vida de los partícipes en este modelo. Pero a este régimen hay que superponer un *aspecto funcional o dinámico* que es el que imprimirá positivamente a esta realidad inmobiliaria del elemento definidor del modelo *coliving*, y con ello, de su *contenido sustantivo*. El régimen de la propiedad horizontal, por sí solo, no es suficiente en este sentido; contra lo que algunos autores han señalado, ni el título constitutivo de la propiedad horizontal, ni los estatutos ni las normas de régimen interior son instrumentos apropiados por su naturaleza para imprimir el

---

(16) En un sentido similar en cuanto a la idea que aquí queremos exponer, puede verse el artículo 3 de la Ley valenciana 3/2023, de 13 de abril, de viviendas colaborativas, que las define como «los edificios o conjuntos residenciales cuya titularidad única pertenece a una entidad participada por sus usuarios, cuya gestión es compartida, adoptando la forma de cooperativa no lucrativa o de asociación no lucrativa. Además, deben incorporar, al menos, los siguientes espacios o dependencias:

1. Viviendas o dependencias susceptibles de aprovechamiento privado.
2. Elementos comunes del edificio o conjunto residencial, de acuerdo con el artículo 396 del Código civil.
3. Espacios o dependencias para el uso común, al menos en un 20% de la superficie total, para desarrollar algunas de las funciones inherentes al uso residencial, y/o la prestación de servicios comunitarios y sociales, excepto si la cooperativa de viviendas se establece mediante la rehabilitación o adquisición de un conjunto residencial preexistente y las características de este no permiten lograr este porcentaje, quedando fijado el mínimo en un 10% para estos casos».

(17) Núm. 446/2006, de 16 de mayo [RJ 2006\5940].

(18) *Cfr.* SAP de Girona, núm. 53/2016, de 9 de febrero [JUR\2016\133728].



modelo *coliving* al inmueble<sup>(19)</sup>: esto solo puede venir dado por un régimen jurídico superpuesto. Estos regímenes jurídicos superpuestos se activarán en cada caso concreto, en función de la naturaleza del conflicto de intereses de exija solución.

## 5.2 El aspecto *funcional o dinámico* del modelo *coliving-cohousing* superpuesto al inmobiliario

Como hemos apuntado en el apartado anterior, al imprescindible aspecto inmobiliario que dotará de realidad objetiva al modelo *coliving-cohousing*, debe superponerse un aspecto *funcional* que permitirá llevar a la práctica dicho modelo, articulando los derechos y obligaciones que recíprocamente vincularán a sus partícipes.

En este sentido, la práctica unanimidad considera que la *sociedad cooperativa* es el instrumento jurídico que mejor se amolda a los principios y valores que están tras el modelo *coliving* como tipo de vivienda colaborativa<sup>(20)</sup>. En nuestra opinión, y como veremos, consideramos acertada esta conclusión.

### 5.2.1 La figura de la sociedad cooperativa, en general

Ciertamente, la sociedad cooperativa parece, a priori, la figura más apropiada para articular el modelo *coliving-cohousing* y reflejar en la práctica los valores colectivos y colaborativos que la definen. Basta leer el artículo 1 de la LCOOP para concluir en este sentido: la sociedad cooperativa es «una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático; conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional, en los términos resultantes de la presente ley». Destaca la remisión que el Legislador hace a los «principios de la alianza cooperativa internacional», que en el momento de la aprobación de la Ley son los siete que se enunciaron en la conocida *Declaración de Mánchester de 1995*,

---

(19) Vid. en contra, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, N., 2021, p. 339.

(20) Por todos, LÓPEZ DE LA CRUZ, quien ha apuntado que la estructura y organización democráticas de la sociedad cooperativa, orientadas a fomentar la participación directa de los socios, «encaja con la que probablemente sea la característica definitoria más relevante del modelo de viviendas colaborativas: la implicación directa de los residentes en un proyecto habitacional común» (LÓPEZ DE LA CRUZ, L., 2017, p. 139).

y de los que en este momento destacamos dos: el «principio de participación económica de los socios» («Los socios contribuyen equitativamente al capital de sus cooperativas y lo gestionan de forma democrática»), y sobre todo, el «principio de autonomía e independencia» («Las cooperativas son organizaciones autónomas de autoayuda, gestionadas por sus socios. Si firman acuerdos con otras organizaciones, incluidos los gobiernos, o si consiguen capital de fuentes externas, lo hacen en términos que aseguren el control democrático por parte de sus socios y mantengan su autonomía cooperativa»).

### 5.2.2 *La figura de la sociedad cooperativa de viviendas, en particular*

De manera más concreta, y siendo el *coliving-cohousing* un fenómeno convivencial, parece, y de nuevo hay consenso doctrinal al respecto, que el tipo concreto de *sociedad cooperativa de vivienda* se nos presenta en principio como el más apropiado para articularlo. El artículo 89.1 LCOOP define las de vivienda como aquellas que «asocian a personas físicas que precisen alojamiento y/o locales para sí y las personas que con ellas convivan. También podrán ser socios los entes públicos y las entidades sin ánimo de lucro, que precisen alojamiento para aquellas personas que dependientes de ellos tengan que residir, por razón de su trabajo o función, en el entorno de una promoción cooperativa o que precisen locales para desarrollar sus actividades». En este sentido, la sociedad cooperativa de vivienda se presenta como un mecanismo apropiado para la *participación* de los futuros titulares de las mismas en la promoción inmobiliaria (recordemos que el aspecto participativo resulta esencial al concepto de *envejecimiento activo* explicado antes como principal causa de la irrupción de los modelos convivenciales en estudio en nuestro país –*senior cohousing*–)<sup>(21)</sup>.

Sobre la base de que la atribución de la vivienda puede hacerse al socio cooperativista «mediante cualquier título admitido en derecho» (*cfr.* artículo 89.3 LCOOP), se plantean en abstracto distintas alternativas de atribución de la vivienda al socio cooperativista, sin que exista necesidad de que haya de ser en régimen de propiedad. Esto deja un abanico relativamente amplio de posibilidades de títulos atributivos a los cooperativistas, lo que ha permitido que las leyes autonómicas de cooperativas hayan previsto como tipo de cooperativa de vivienda la de *cesión de uso*, que en las leyes autonómicas de cooperativas más recientes (por ejemplo, la Ley 2/2023 de 24 de febrero, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid,

---

(21) LÓPEZ DE LA CRUZ, L., 2017, p. 139.

que curiosamente incluye las cooperativas de vivienda de cesión de uso dentro de la categoría general de cooperativas de consumo de bienes y servicios, y no en la de cooperativa de vivienda; o la 5/2023, de 8 de marzo, de sociedades cooperativas de las Illes Balears) se orienta, implícita pero claramente, como el tipo de sociedad cooperativa de vivienda más apropiado para gestionar el modelo *coliving-cohousing*, y que se caracteriza por retener la sociedad cooperativa la propiedad de las viviendas.

A la vista de que la atribución de la vivienda puede hacerse al socio cooperativista «mediante cualquier título admitido en derecho», detengámonos brevemente en las distintas posibilidades que se plantean al respecto, analizando los pros y contras de cada una de ellas.

#### 5.2.2.1 ATRIBUCIÓN EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD

Que la constitución de sociedades cooperativas de vivienda es una figura que facilita la promoción de viviendas y el acceso a las mismas como propietarios a sus socios cooperativistas a un precio moderado, en comparación con la medida del mercado, es algo difícil de negar. En este sentido, podría plantearse la aptitud del derecho de propiedad para vertebrar funcionalmente el modelo *coliving-cohousing*, lo que exigiría a su vez la constitución del inmueble en régimen de propiedad horizontal.

Desde luego, el derecho de propiedad tiene frente a otras alternativas atributivas de la vivienda una importante ventaja, y es la mayor posibilidad de acceder a la financiación hipotecaria.

Sin embargo, no creemos que sea el título más apropiado para los modelos convivenciales en estudio, ya tengan por finalidad el desarrollo del llamado envejecimiento activo (*senior cohousing*), ya tengan por objeto el acceso a la vivienda a los segmentos poblacionales más jóvenes:

1) En el primer caso (*senior cohousing*), porque la atribución del dominio de los elementos privativos a los cooperativistas (y con ello, la cuota correspondiente en los elementos comunes y procomunales) impedirá a la cooperativa controlar el acceso de nuevos propietarios, independientemente de que estos reúnan las características o condiciones (por ejemplo, una edad mínima) que dieron sentido a este modelo convivencial en el momento de su constitución<sup>(22)</sup>. La razón de ello es que la propiedad es un derecho *naturalmente* transmisible tanto inter vivos como mortis causa; por negocio jurídico, las prohibiciones de disponer solo tienen eficacia jurídico real cuando se prevén en el marco de transmisiones a título

---

(22) De esta opinión, también MARTÍNEZ MARTÍNEZ, N., 2021, p. 339-340.

gratuito (arg. artículo 785.2.º CC y artículo 26 LH), lo que no es la atribución del dominio de una vivienda al socio cooperativista; y aun previéndose una prohibición de disponer, ésta tendría solo eficacia obligacional y no impediría la transmisión. En otras palabras: el mayor poder y autonomía que da la propiedad al cooperativista, es inversamente proporcional al que le queda a la cooperativa para mantener su coherencia y fines a lo largo del tiempo. De hecho, la atribución de las viviendas a los cooperativistas habría de llevar en principio la extinción de la cooperativa *de viviendas* por agotamiento de su objeto, o en último extremo, su conversión en una sociedad cooperativa *de consumidores y usuarios*, cuyo objeto sería ahora gestionar las actividades y servicios que permitan proyectar en el futuro los valores colaborativos (en especial, participativos de envejecimiento activo) que le dieron sentido en su constitución; pero con todo y con eso, no resulta un modelo apropiado.

2) En el segundo caso, además de lo que se acaba de señalar en el punto anterior, se une una razón eminentemente práctica, derivado del carácter absoluto y no temporal que define a la propiedad como derecho real, lo que creemos que lo convierte en inapto, *por exceso*, para satisfacer las necesidades del partícipe típico de este modelo habitacional.

#### 5.2.2.2 ATRIBUCIÓN EN RÉGIMEN DE USUFRUCTO

A diferencia de lo que sucede con la propiedad, el carácter *esencialmente* temporal del usufructo (*naturalmente* vitalicio), unido a los amplios márgenes que el Legislador reconoce a la autonomía privada para configurar su contenido (*cfr.* artículos 467 y 469 CC) lo convierten en un título atributivo de las viviendas mucho más apropiado que el dominio para articular un modelo *coliving-cohousing*, y algunos autores lo consideran como el óptimo<sup>(23)</sup>. La cooperativa sería la nuda propietaria de la vivienda, y una vez finalizado el usufructo, se consolidaría en favor de aquélla la propiedad plena, pudiendo reintroducir en el mercado el derecho para un futuro partícipe cooperativista, y manteniendo así el control de las condiciones que estos futuros cooperativistas han de reunir de manera coherente con el sentido originario del modelo convivencial. En efecto, y como dispone el artículo 89.3-2.º LCOOP, cuando una sociedad cooperativa de vivienda «retenga la propiedad de las viviendas o locales, los Estatutos establecerán las normas a que ha de ajustarse tanto su uso y disfrute por los socios, como los demás derechos y obligaciones de éstos y de la cooperativa».

---

(23) Así, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, N., 2021, p. 340-341. También LÓPEZ DE LA CRUZ, L., 2017, p. 147-148.





De optarse por la atribución de la vivienda mediante derecho de usufructo, de nuevo resulta precisa la constitución del régimen de propiedad horizontal, y en torno a ella, articular la contribución de los distintos usufructuarios, frente a la única nuda propietaria (la sociedad cooperativa), la contribución para el mantenimiento de los espacios y elementos comunes<sup>(24)</sup>.

El principal problema que puede plantear la atribución de la vivienda por título de usufructo, son las dificultades prácticas para encontrar financiación hipotecaria para su adquisición en caso de que fuera precisa. En efecto, y por las razones que se han explicado ya, el modelo *coliving-cohousing* exigiría para mantener su finalidad y coherencia en el tiempo, que el usufructo fuese de carácter personalísimo (o a lo sumo, de transmisión muy limitada, por ejemplo, en favor del cónyuge, o de otras personas que reúnan ciertas condiciones; limitaciones que en todo caso habrían de constar en los estatutos de la Cooperativa); pero esto precisamente lo convierte inhábil para ser objeto de garantía hipotecaria (*cfr.* artículo 106.2.º LH).

Por otro lado, podría afirmarse, y con razón, que el usufructo, al menos en su configuración típica, resulta *excesivo* en su contenido para articular un modelo *coliving-cohousing*: baste pensar que la naturaleza personalísima que pudiera imprimirse al usufructo, no impediría por sí sola al usufructuario la facultad de obtener *frutos civiles*, vale decir, rentas, y con ello y por ello, estaría perfectamente legitimado para arrendar la vivienda<sup>(25)</sup>. Esto nos lleva de nuevo al problema del mantenimiento de la coherencia en el tiempo del modelo *coliving-cohousing*, si los cooperativistas pudieran ceder en arrendamiento la vivienda.

---

(24) Se trataría, en definitiva, de la generalización aplicativa del artículo 504 CC en las relaciones internas entre la única nuda propietaria (de la totalidad del inmueble) y de los cooperativistas (todos ellos usufructuarios de las viviendas. Parece razonable entender que cuando el artículo 504 CC dispone que «el pago de las cargas y contribuciones [...] que se consideren gravámenes de los frutos, serán de cuenta del usufructuario todo el tiempo que el usufructo dure», se incluyen los gastos generados por el normal funcionamiento y las reparaciones correspondientes al deterioro procedentes de un uso normal, que habría que calcular conforme a la cuota de participación asignada a la vivienda; no así, en cambio, cuando se trata de reparaciones extraordinarias, que habrían de corresponder al propietario (para una visión general de esta materia en sede de usufructo, véase, por todos, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á., 2016, p. 2025), que al ser en este caso la sociedad cooperativa, podría repercutir a los cooperativistas, no ya necesariamente conforme al título constitutivo de la propiedad horizontal, sino a lo que pudieran prever los estatutos de aquélla.

(25) Agudamente advierte LÓPEZ DE LA CRUZ, después de afirmar la aptitud del usufructo como título atributivo en este punto, que el usufructuario no debiera poder ceder en arrendamiento su vivienda (LÓPEZ DE LA CRUZ, L., 2017, p. 148). En definitiva, sería conveniente que usufructuario (o simplemente *fructuarius* también en el Derecho Romano) tuviera cercenada una de las dos facultades que dan sentido al usufructo típico, lo que no es otra cosa que confirmación de la idea que apuntábamos: el carácter *excesivo* del título de usufructo para articular un modelo *coliving-cohousing*.

### 5.2.2.3 ATRIBUCIÓN EN RÉGIMEN DE HABITACIÓN

Por las razones que acaban de apuntarse en el epígrafe anterior, algunos autores han apuntado recientemente que el derecho de habitación resulta más apropiado que el usufructo para articular un régimen *coliving-cohousing*, señalando que el derecho de habitación es el que «mejor armoniza con los principios propios de la vivienda colaborativa»<sup>(26)</sup>.

Teniendo en cuenta que las mismas consideraciones que hemos hecho en relación con el derecho de usufructo y la necesidad de constitución del régimen de propiedad horizontal, y las mismas conclusiones, son trasladables al derecho de habitación (*cfr.* artículo 528 CCiv), compartimos este punto de vista que afirma la aptitud del derecho de habitación para articular un régimen *coliving-cohousing*. Además, el carácter personalísimo del derecho de habitación (sin entrar ahora en si este carácter personalísimo es *esencial* o si es meramente *natural* del derecho) facilita el control por la sociedad cooperativa de la entrada de nuevos miembros. En efecto, el artículo 525 CC dispone que el derecho de habitación no se puede «arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título»; y en relación con esto, como apuntamos, se discute si el derecho de habitación es personalísimo o no. Como decimos, no vamos a entrar, porque no es el lugar, en esa cuestión; pero lo que no podemos ignorar tampoco –y esto es un elemento favorable para articular un régimen *coliving-cohousing* sobre este derecho– es que, sea o no transmisible el derecho del habitacionista, es éste el que tiene el derecho de ocupar *para sí y su familia* las piezas necesarias de la edificación (*cfr.* artículo 524 CC), lo que en nuestra opinión impide al habitacionista lo que sí podría hacer un usufructuario (también el usufructuario con derecho personalísimo): arrendar el inmueble para obtener rentas (frutos civiles) del mismo.

Sin embargo, y de nuevo, podríamos encontrarnos con un mismo problema práctico que ya vimos al analizar la aptitud del usufructo: las dificultades para encontrar financiación hipotecaria para acceder a la titularidad del derecho en caso de que fuese precisa (*arg.* artículo 106.2 LH).

### 5.2.2.4 ATRIBUCIÓN EN RÉGIMEN DE ARRENDAMIENTO

Los amplios términos del artículo 89.3 LCOOP («La propiedad o el uso y disfrute de las viviendas y locales podrán ser adjudicados o cedidos a los socios mediante cualquier título admitido en derecho») permiten sin duda la cesión de las viviendas a los cooperativistas mediante derechos de

---

(26) Así, últimamente FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., 2023, p. 193.

arrendamiento, cuyo régimen jurídico habremos de encontrar en la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 26 de noviembre).

Así como apuntábamos al referirnos a la probable inaptitud del derecho de propiedad para articular un modelo *coliving-cohousing*, debido a que el mayor poder y autonomía que concede a su titular es inversamente proporcional al que retiene la cooperativa, en el caso del arrendamiento sucede justo lo contrario. En este sentido, parece razonable afirmar en principio la aptitud del arrendamiento para vertebrar estos modelos convivenciales, especialmente cuando se utilizan para facilitar el acceso a la vivienda a los sectores poblacionales adultos más jóvenes; pero también, y como veremos, para favorecer el envejecimiento activo en los segmentos de población más mayores.

Teóricamente, la explotación de un inmueble a través del modelo *coliving-cohousing* íntegramente en régimen de arrendamiento, ni siquiera exigiría, aunque tampoco lo impide, su constitución en régimen de propiedad horizontal para que las viviendas puedan ser objeto de arrendamiento por la sociedad cooperativa, lo que supone una importante simplificación del régimen jurídico aplicable a los conflictos de intereses que pudieran darse durante la convivencia.

Por otro lado, al retener la sociedad cooperativa la propiedad del inmueble, y como vimos también para el caso del usufructo y el derecho de habitación, aquélla mantendrá el control en el acceso de nuevos partícipes en el modelo convivencial.

A pesar de lo anterior, algunos autores han señalado que articulación de un modelo *coliving-cohousing* mediante el derecho de arrendamiento tiene serios inconvenientes, derivados del aspecto marcadamente imperativo que la Ley de Arrendamientos Urbanos reserva al *arrendamiento de vivienda* en aspectos que pudieran comprometer la coherencia en el tiempo del modelo<sup>(27)</sup>, y que no pueden ser desplazados, precisamente por ese carácter imperativo, por los estatutos de la sociedad cooperativa. En este sentido se ha señalado, por ejemplo, el régimen de su duración, el régimen de continuación del mismo en caso de separación o divorcio (art. 15 LAU) o el de subrogación en caso de fallecimiento del arrendatario (art. 16 LAU).

Sin embargo, la anterior crítica parte de la necesidad de calificar estos arrendamientos como arrendamientos *de vivienda*, lo que, aunque a priori pudiera parecer intuitivo, no nos parece ni mucho menos claro. Y ello, porque la Ley de Arrendamientos Urbanos exige calificar como arrendamiento urbano de vivienda el que recaiga sobre una edificación habitable «cuyo destino *primordial* sea satisfacer la necesidad *permanente* de vivienda del arrendatario» (las cursivas son añadidas). Nos parece muy ilustrativo

---

(27) Así, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, N., 2021, p. 341-343. También LÓPEZ DE LA CRUZ, L., 2017, p. 151-152.

que el Legislador diferencie los aspectos que hemos resaltado, de manera que sea perfectamente posible un arrendamiento urbano que satisfaga la necesidad *permanente* de vivienda, y que sin embargo éste no sea el destino *primordial*, sino compartido con otros destinos. Y esto es lo que, en nuestra opinión, se produce en el modelo *coliving-cohousing*, y marcadamente *senior cohousing*, en el que, sin negar lógicamente el aspecto privado e íntimo de la vivienda, el elemento vertebrador de estos modelos es el colectivo-colaborativo que, lejos de ser opcional, es imperativo para los partícipes (cooperativistas), lo que puede poner en duda, en fin, que el destino de vivienda permanente deba calificarse de *primordial*, vale decir, de fundamental, principal, esencial, básico, capital, crucial o decisivo, a decir de la definición que de *primordial* nos ofrece el DRAE.

Si consideramos esta última propuesta interpretativa que planteamos, se abre una posibilidad razonable para calificar estos arrendamientos como un arrendamiento *para uso distinto de vivienda* (art. 3.1 LAU: arrendamiento para vivienda / para uso distinto de vivienda, son alternativas presentadas legalmente como «totales»), y con ello, aun cuando también regidas por la LAU, sin embargo tienen un régimen jurídico marcadamente dispositivo, y con ello, más amoldable a estos esquemas convivenciales desde los estatutos de la cooperativa. No podemos dejar de lado, abundando en esta propuesta interpretativa, que en el marco del *Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025* (Real Decreto 42/2022, de 18 de enero), el programa de ayuda número 8 («Programa de fomento de alojamientos temporales, de modelos *cohousing*, de viviendas intergeneracionales y modalidades similares») exige como condición para acogerse a las ayudas vinculadas al mismo que las viviendas se vayan «a ceder en uso o destinar al *arrendamiento* durante un plazo mínimo de veinte años» (*cfr.* artículo 82.1.º del RD 42/2022 citado) (la cursiva es nuestra): resultaría paradójico que el Estado incentive desde el arrendamiento estos modelos convivenciales si fueran ciertas las críticas relativas a lo inapropiado del régimen jurídico del arrendamiento para vivienda (marcadamente imperativo), vale decir, si fuera cierta la calificación de estos arrendamientos como *de vivienda*. Asimismo, algunas leyes autonómicas recientes, al regular la cooperativa de viviendas en cesión de uso (que son las orientadas a articular los modelos *coliving-cohousing*), o la vivienda colaborativa como fenómeno, que el título atributivo de las viviendas a los cooperativistas ha de ser un derecho de naturaleza *personal*<sup>(28)</sup>.

---

(28) Es el caso de la Ley 5/2023, de 8 de marzo, de sociedades cooperativas de las Illes Balears (*Cfr.* artículo 130.3). También es el caso de la Ley valenciana 3/2023, de 13 de abril, de viviendas colaborativas de la Comunitat Valenciana, cuyo artículo 10.3, partiendo del modelo de sociedad cooperativa, dispone que «La cooperativa no puede adjudicar privativamente a las personas socias la propiedad ni ningún derecho real limitado sobre las viviendas o las dependencias susceptibles de uso privado, como tampoco un derecho de superficie sobre estas».

### 5.2.2.5 ATRIBUCIÓN EN RÉGIMEN DE «DERECHO SOCIETARIO»

Para finalizar este estudio, vamos a considerar la posibilidad de atribución de la vivienda mediante lo que podríamos denominar un «derecho societario», es decir, la cesión del uso de la vivienda vinculado a la condición de socio cooperativista. Consideramos esta opción atributiva de las viviendas, porque alguna norma autonómica (en concreto, la Ley balear de cooperativas) solo permite la vertebración del modelo convivencial en estudio organizado en torno a la forma cooperativa de cesión de uso de viviendas, configurando el derecho de uso de la vivienda, como única posibilidad, como «un derecho de naturaleza personal y *societaria*, [...] intransmisible por actos inter vivos y mortis causa» (art. 130.3 Ley balear de cooperativas 5/2023).

En estos modelos, el derecho de la vivienda se mantiene en tanto se mantenga igualmente la condición de socio cooperativista. Y la vivienda se asigna a una concreta titularidad-participación en la sociedad cooperativa, en un esquema que nos recuerda (salvando las distancias) al de atribución de garajes y trasteros en el caso contemplado en el artículo 68 del Reglamento Hipotecario (en relación con el artículo 53 del Real Decreto 1093/1997).

En nuestra opinión, consideramos también apropiado este modelo atributivo, que seguramente abriría la puerta también a que estos modelos convivenciales pudieran ser organizados a través de fenómenos societarios de base personal distinto de la cooperativa, como pudiera ser quizá la sociedad civil particular regulada, como tipo societario, en el CC.

Para finalizar, debemos realizar una aclaración crítica en cuanto a otras posibles estructuras organizativas distintas de la sociedad cooperativa, por lo dispuesto en la que, hasta la fecha, es la única Ley autonómica de viviendas colaborativas (la Ley valenciana 3/2023). El artículo 3 de esta Ley dispone que se consideran viviendas colaborativas «los edificios o conjuntos residenciales cuya titularidad única pertenece a una entidad participada por sus usuarios, cuya gestión es compartida, *adoptando la forma de cooperativa no lucrativa o de asociación no lucrativa*» (la cursiva es nuestra). El artículo 10.1 abunda en esta cuestión, y enumera los requisitos a los que han de ajustarse «las cooperativas y las asociaciones titulares de viviendas colaborativas», entre los que está la ausencia de ánimo de lucro. Podría pensarse en este sentido, que la entidad titular de las viviendas pudiera ser una asociación de las contempladas en la LDA; y sin embargo, esto es algo que debe descartarse<sup>(29)</sup>. Creemos, por tanto, que cuan-

---

(29) El artículo 1.4 de la LO 1/2002 dispone que «quedan excluidas del ámbito de aplicación de la presente Ley las comunidades de bienes y propietarios y las entidades que se rijan por las dispo-

do la norma valenciana hace referencia a las «asociaciones no lucrativas», emplea el término asociación en un sentido amplio, con lo que quizá hubiese sido preferible el empleo de otros términos, como el de *sociedad* o *sociedad civil* en un sentido genérico, que no exige la presencia del ánimo de lucro<sup>(30)</sup>, o la fundación.

## BIBLIOGRAFÍA

- CÁTEDRA, M., «Encarar la soledad y envejecer con dignidad: senior *cohousing* urbano», en Mariano Juárez, L., Rivero Jiménez, B., Conde Caballero, D. (eds.), *Antropología de la soledad. Teorías y etnografías contemporáneas*, Tirant Humanidades, Valencia, 2023, pp. 203–236.
- *Envejecimiento activo. Libro Blanco*, Madrid, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad-IMSERSO, 2011.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *El derecho real de habitación en el Código Civil. Una alternativa para el acceso a la vivienda*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.
- FERNÁNDEZ PORTERO, C., y SÁNCHEZ MEDINA, J. A., «Sobre el concepto de envejecimiento activo», en López de la Cruz, L. y Sánchez Medina, J. A. (eds.), *Soluciones habitacionales para el envejecimiento activo: viviendas colaborativas o cohousing. Respondiendo a los cambios demográficos desde la innovación social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 37-58.
- GARCÍA PÉREZ, A., y MOYA GONZÁLEZ, L., «El cohousing como alternativa a las nuevas dinámicas de habitar en la ciudad de Madrid», en *Ciudad y Territorio. Estudios territoriales*. Vol. L, núm. 195, 2018, 71-84.
- HERNÁNDEZ, Á., Artículo 504, en VV. AA. *Código Civil comentado*, Tm. I. Civitas, Madrid, 2016.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, L., «Las viviendas colaborativas para mayores como modelo habitacional para la promoción del envejecimiento activo. Aspectos sociales y jurídicos», en López de la Cruz, L. y Sánchez Medina, J. A. (eds.), *Soluciones habitacionales para el envejecimiento activo: viviendas colaborativas o cohousing. Respondiendo a los cambios demográficos desde la innovación social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 121-159.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, L., y SÁNCHEZ MEDINA, J. A., «Un cambio de perspectiva sobre el proceso de envejecimiento», en López de la Cruz, L. y Sánchez Medina, J.

---

siciones relativas al contrato de sociedad, cooperativas y mutualidades, así como las uniones temporales de empresas y las agrupaciones de interés económico». Por consiguiente, no es posible afirmar que lo que puede ser objeto de una sociedad cooperativa (que es un objeto *empresarial* —Cfr. artículo 1 LCOOP—) puede serlo también de una asociación de las reguladas en la citada Ley Orgánica.

(30) El concepto «sociedad», o incluso «sociedad civil», es preferible, porque con ello designamos el fenómeno societario básico o estructural; y su regulación la encontramos en el Código Civil. No debemos confundir la figura de «sociedad civil» en el sentido apuntado, con el «contrato» de *sociedad civil* como tipo societario concreto. La cuestión resulta compleja y no procede en este lugar; nos remitimos, como referencia obligada, al comentario al artículo 1665 CC de PAZ-ARES, C., 1993, pp. 1299 ss.



- A. (eds.), *Soluciones habitacionales para el envejecimiento activo: viviendas colaborativas o cohousing. Respondiendo a los cambios demográficos desde la innovación social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 19-36.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, N., «La respuesta de la economía colaborativa a la necesidad de vivienda de nuestros mayores: *senior cohousing* a raíz de la crisis del COVID-19 y sus implicaciones jurídico civiles», en López Sánchez, C. (coord.), *El alojamiento colaborativo. Problemática jurídica actual de las viviendas de uso turístico*. Dykinson, Madrid, 2021, 321-346.
- MORILLAS JARILLO, M. J., y FELIU REY, M. I., *Curso de cooperativas*. Tm. I. Tecnos, Madrid, 2018 (3.º ed.).
- OFICINA NACIONAL DE PROSPECTIVA Y ESTRATEGIA DEL GOBIERNO DE ESPAÑA (coord.), *España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*. Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2021.
- PAZ-ARES, C., en VV. AA., *Comentario del Código Civil*, Tm. II. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

## E. Modalidades de uso de la vivienda en los Derechos forales

**Verónica San Julián Puig**

*Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Navarra*  
*vsanjulian@unav.es*

**Resumen:** *En los derechos forales, los modos de uso de la vivienda tradicionalmente han ido de la mano de la institución de la Casa. Institución en torno a la cual se aglutinaba un denso sistema de derechos y deberes que iba más allá de la casa-vivienda, aunque la contenía, otorgando modularidad propia a los modos de tenencia que se daban a su amparo. En la actualidad es muy poco lo que queda de ese sistema que parte de una concepción de la familia, el patrimonio y su mantenimiento que ha sido superado por la realidad sociocultural en la que vivimos, pero en la que, la idea de protección a los más vulnerables puede seguir encontrando cauce en alguna de sus figuras tradicionales y de nueva creación.*

**Palabras clave:** *Derechos forales, modos de uso de la vivienda.*

**Abstract:** *In regional legal systems (foral rights), the ways in which housing was traditionally used have been closely tied to the institution of the Casa (the House). This institution was the core of a complex system of rights and duties that extended beyond the house-as-dwelling, though it encompassed it, and gave its own framework to the forms of tenure that arose*





*under its protection. Today, very little remains of that system, which was based on a conception of family, heritage, and its preservation that has been overtaken by the socio-cultural reality we live in. However, the idea of protecting the most vulnerable can still find expression in some of its traditional figures and newly created ones.*

**Keywords:** *Foral rights, ways of using housing.*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La Casa y los modos de uso de la vivienda tradicionalmente vinculados a ella. 2.1 La Casa navarra y los modos de uso vinculados a ella. 2.1.1 Modos de uso vinculados a la Casa. 2.1.2 Lo que pervive de esos modos de uso tradicionales. 2.1.3 Nuevos modos de uso. Las comunidades de ayuda mutua. 2.2 Los modos de uso de la vivienda vinculados a la Casa aragonesa. 2.3. La Compañía familiar gallega y los modos de uso de la vivienda vinculados a ella. 2.4 La Casa catalana y los modos de uso de la vivienda vinculados a ella. 2.4.1 Lo que pervive de esos modos de uso tradicionales. 2.4.2 Nuevos modos de uso. Las relaciones convivenciales de ayuda mutua. 3. Derechos reales forales que atañen al uso de la vivienda. 3.1 El derecho de habitación en Navarra. 3.2 El derecho de uso de vivienda y el derecho de habitación en Cataluña. 3.3 El derecho de *estatge* y el derecho de habitación en Baleares. 3.4 El derecho de habitación del cónyuge viudo en el País Vasco y otros derechos forales. 3.5 Conclusión. 4. Otras figuras. 5. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, los modos de uso de la vivienda en los Derechos forales han ido de la mano de una institución tradicional en la que cristalizaba todo un modo de ser y estar en el mundo: la Casa<sup>(1)</sup>. Lo que daba razón del uso de la vivienda era precisamente el lugar que cada cual ocupaba en la Casa. Poco queda en la actualidad de ese modo de vida en el que se sustentaba la Casa, un modo de vida muy pegado a la tierra y su explotación y a una estructura familiar<sup>(2)</sup> que ha cambiado mucho en las últimas décadas en nuestro país. No obstante, se hace

---

(1) La Casa en cada Derecho foral ha tenido su propia significación, contenido, despliegue y relevancia y, en todos ellos, ha sido una institución considerada «nuclear y definitoria de los sistemas jurídicos civiles llamados forales (y no solo del navarro)». De PABLO CONTRERAS, P., 1992, p. 663.

(2) «La noción de Casa como categoría jurídica guarda estrecha relación con el concepto de familia». SABATER BAYLE, E., 2013, p. 637.



preciso partir de esta realidad para entender algunas de las instituciones que todavía perviven, con desigual aplicación, en los distintos Derechos forales actuales, así como para entender otras figuras de nueva creación que, sin derivar de ella, de alguna manera contienen algo de su sabiduría.

Es por ello que, en las líneas que siguen, además de mencionar los modos de tenencia clásicos recogidos en las Compilaciones o Códigos forales en los libros o secciones relativos a los derechos reales, empezaremos por estos otros modos de tenencia que aparecen ubicados en los libros o secciones relativos a persona y familia, precisamente por su vinculación y derivación de la institución de la Casa.

## 2. LA CASA Y LOS MODOS DE USO DE LA VIVIENDA TRADICIONALMENTE VINCULADOS A ELLA

La Casa es una institución que va mucho más allá de lo que entendemos habitualmente por casa o vivienda, pues aglutina elementos personales y patrimoniales que hacen de ella una comunidad familiar y patrimonial en torno a la cual se organizaron tradicionalmente las principales instituciones familiares y sucesorias forales en aras a su conservación y mantenimiento. Pero, siendo una institución que desborda la noción de casa o vivienda, sin embargo, la contiene y otorga modulación propia y característica a los modos de tenencia que se dan a su amparo. En este apartado, se hará una breve referencia al funcionamiento tradicional de la Casa y los modos de tenencia que de ella se derivaban para las distintas personas que vivían a su amparo, señalando qué queda de esas formas de tenencia en la actualidad y qué otros modelos han ido naciendo en las sucesivas reformas de forales acaecidas al hilo de las nuevas necesidades planteadas por la realidad socio-cultural actual.

### 2.1 La Casa navarra y los modos de uso vinculados a ella

Aunque, como ha quedado dicho, la de la Casa es una institución que ha estado presente en los distintos Derechos forales, para entender su estructura y funcionamiento, nos centraremos en el caso navarro que es donde mayor despliegue regulatorio ha tenido, así como donde se da una mayor pervivencia de alguna de sus figuras.



En Navarra, la Casa <sup>(3)</sup> era el centro del sistema, la unidad orgánica que debían gestionar y gobernar los dueños (tradicionalmente llamados «amos viejos») <sup>(4)</sup>, que actuaban en el ejercicio de sus funciones teniendo en cuenta y respetando, a modo de contrapeso, los derechos y expectativas de quienes les sucederían en ese mando y gestión (designados tradicionalmente como «amos jóvenes»). Esa actividad de gobierno, así como todo el resto de instituciones del Derecho foral, tenían por objeto facilitar y asegurar la existencia de la Casa, su mantenimiento y transmisión como unidad.

La Casa se conformaba, en primer lugar, por una pluralidad de personas con vínculo familiar o de parentesco entre sí, los instituyentes o donantes (amos viejos) y el donatario heredero y su cónyuge (amos jóvenes), así como los hijos de éstos últimos, nacidos o nacerlos, que constituían el futuro de la Casa. A este núcleo básico se añadían los parientes colaterales: los hermanos/as del heredero instituido (amo joven) que todavía vivían en la Casa, así como los hermanos/as del instituyente o donante que no salieron de la Casa en su momento, permaneciendo en ella con sus derechos, o que salieron para, por ejemplo, entrar en la vida religiosa, pero que, con el tiempo, regresaron al hogar de sus padres donde permanecían hasta su muerte <sup>(5)</sup>. En ocasiones formaban parte también de la Casa personas sin vínculo de parentesco, los prohijados <sup>(6)</sup>. Todos ellos convivían y, habitualmente, trabajaban para la Casa.

El segundo elemento de la Casa es el elemento objetivo: el patrimonio de la Casa, el conjunto de bienes propios de la Casa con tratamiento jurídico unitario. Al constituir la Casa una unidad orgánica de explotación (empresa agrícola, ganadera, agropecuaria o forestal), se componía de: la casa, como lugar destinado a vivienda para todos ellos; otras edificaciones (granero, cuadras...); tierras; ganado; y otros bienes accesorios, como los elementos materiales destinados a la explotación. Este conjunto, con la extensión que tuviera en cada caso, constituía una unidad inseparable que tenía que ser conservado y, en la medida de lo

---

(3) La ley 48 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo) (a partir de ahora FN) recogía algunos de los elementos necesarios para entender esta institución (de cuya presencia y referencia estaba impregnado todo el Fuero Nuevo). En la actualidad, es la ley 127 del FN modificado y actualizado por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril (a partir de ahora LMAFN), la que hace el intento de recoger un concepto de la Casa más. Esta institución queda ahora circunscrita en un título propio, el XI (leyes 127 ss.), del Libro I («De las personas, de la familia y de la Casa navarra»).

(4) Denominación ésta que se ha eliminado del Fuero Nuevo tras su modificación y actualización en 2019.

(5) GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., 1990, pp. 99-100.

(6) Los prohijados eran hijos de adopción acogidos a la Casa sin formalidad legal alguna, pero con una prohijación definitiva. SANTAMARÍA ANSA, J., 1958, p. 111. Figura ésta que desapareció con la LMAFN de 2019, aunque en la práctica había caído en desuso antes de operarse tal modificación.

posible, incrementado para el sustento de las generaciones que se sucedieran en la titularidad de la Casa. Este patrimonio no pertenecía a la comunidad<sup>(7)</sup>, eran los amos o dueños quienes tenían atribuida por ley el gobierno, mantenimiento y defensa del patrimonio, así como la facultad de disposición de cada uno de los bienes que lo componían, salvo que existiera alguna cláusula que lo impidiera.

### 2.1.1 *Modos de uso vinculados a la Casa*

Teniendo en cuenta todo esto, en la Casa navarra, tradicionalmente han concurrido distintos modos de tenencia de la casa-vivienda que se desprendían del lugar que cada uno ocupaba en ella. Es decir, dentro de esa pluralidad subjetiva que compone la Casa, no todas las personas tenían la misma posición ni en la Casa institución, ni en la casa en tanto que lugar destinado a vivienda.

#### A) MODOS DE USO DE LOS AMOS (VIEJOS Y JÓVENES). PROPIEDAD Y USUFRUCTO

Así, los amos viejos, en cuanto titulares de toda la unidad patrimonial, gozaban de la tenencia propia de un propietario. Pero, en el momento en que la Casa se transmitía al instituido heredero, eran los amos jóvenes quienes pasaban a ostentar la tenencia de la casa como titulares y los amos viejos, que permanecían en ella hasta su muerte conviviendo junto con los amos jóvenes, pasaban a tener un uso en un concepto diferente. Habitualmente ese traspaso se realizaba a través de la donación *propter nuptias*<sup>(8)</sup> contenida en capitulaciones matrimoniales, con la que se conseguía la transmisión de todo o parte del patrimonio hereditario al sucesor elegido para continuar en la dirección y gobierno de la Casa, antes del fallecimiento de los amos viejos. En esas donaciones, además de la designación contractual del sucesor, se solían establecer pactos adicionales en los que los donantes se reservaban ciertos derechos sobre los bienes donados, en concreto, a los efectos de lo que nos interesa, el derecho de usufructo sobre la vivienda para sí (antigua ley 115,7 FN) y el derecho de acogimiento a la Casa en favor de los parientes no instituidos herederos (antiguas leyes 131 a 136 FN).

(7) De PABLO CONTRERAS, P., 1992, p. 676.

(8) Recogidas en las antiguas leyes 112 a 118 FN; actuales donaciones para la familia y para la unidad y continuidad del patrimonio familiar, contenidas en las leyes 120.3 y 4 a 126 procedentes de la LFMAFN.



B) MODOS DE USO DE OTROS CONVIVIENTES EN LA CASA. «ACOGIMIENTO A LA CASA»

Como ha quedado dicho, a efectos de proteger la unidad y mantenimiento de la Casa, se designaba un único heredero pero, como contrapunto, los amos viejos establecían a su cargo los derechos de acogimiento a la Casa y las dotaciones en favor de los demás hijos, descendientes u otras personas a las que los instituyentes quisieran favorecer o frente a quienes de algún modo se hallaban obligados<sup>(9)</sup>. Los acogidos eran miembros de la Casa, pero no dueños. Lo que se buscaba con estas dos instituciones (acogimiento y dotaciones) era garantizar a los no instituidos la continuidad en la situación en la que disfrutaban en la casa familiar y la asignación a su salida de ella de ciertos bienes o cantidades con las que poder emprender una vida independiente<sup>(10)</sup>.

Así pues, el derecho de acogimiento nacía, no por mandato legal sino por disposición voluntaria de los donantes o instituyentes. Su contenido abarcaba para la persona beneficiada, el derecho «de vivir en la Casa, de ser alimentada y atendida, tanto en salud como en enfermedad, u otros similares» (antigua ley 131 FN). En lo que atañe a la facultad de vivir en la Casa, este derecho incluía ocupar, total o parcialmente, no solo la vivienda sino cualquier otra edificación habitable<sup>(11)</sup>. Y supone, más allá de ocupar dependencias, la facultad de «integrarse o continuar integrados en la comunidad familiar que la habita»<sup>(12)</sup>.

Tradicionalmente se han calificado estos derechos que integran el acogimiento a la Casa de personalísimos y, en ese sentido, intransmisibles, inalienables, e inembargables, si bien, nada obsta a que se puedan constituir voluntariamente como derechos reales a modo de derecho real de habitación en la Casa<sup>(13)</sup>. Por su parte, la antigua ley 118,2 FN que trataba de la revocación de la donación ante el incumplimiento de las «cargas» que el instituido heredero recibió junto con los bienes donados, era una ley que se alegaba por la doctrina como remedio ante el incumplimiento de este derecho de los acogidos<sup>(14)</sup>. En este mismo sentido, la jurisprudencia navarra se ha pronunciado a lo largo del tiempo sobre este extremo en algunas de sus sentencias<sup>(15)</sup>, señalando

(9) NAGORE YÁRNOZ, J., 1995, pp. 549 y 553.

(10) Las dotaciones han desaparecido con la LMAFN.

(11) RENTERÍA AROCENA, A., 2002, p. 392.

(12) STSJNav 28 de diciembre de 2000.

(13) NAGORE YÁRNOZ, J., 1995, p. 551.

(14) SABATER BAYLE, E., 2013, p. 643.

(15) SAT de Pamplona 19 de noviembre de 1970; o, más adelante, STSJNav de 28 de noviembre de 2000. Con relación a esta última sentencia, Pérez García discrepa señalando que, en el caso analizado, al haberse inscrito tal derecho en el Registro de la Propiedad, los terceros (entre ellos el subadquirente de la Casa) no podían resultar protegidos por el artículo 34 LH al carecer de buena fe, siéndoles por tanto, oponible el derecho de acogimiento por parte de sus titulares. PÉREZ GARCÍA, M. J., 2001, p. 1736.



que el derecho de acogimiento no constituye un derecho real sobre el inmueble, sino una carga personal para el sucesor en el patrimonio.

A mayor abundamiento, la doctrina ha señalado que la enajenación – voluntaria o forzosa– del inmueble en el que viven el instituido o donatario y los beneficiarios por el acogimiento, impide a los acogidos que no tengan asegurada su permanencia en dicho inmueble mediante un derecho real de habitación u otro de eficacia real, mantenerse en él contra la voluntad del nuevo propietario. Lo cual no significa necesariamente la extinción del acogimiento, puesto que los beneficiarios conservarían, frente al gravado, las acciones personales para la consecución de la efectividad de su derecho, incluso por medios sustitutivos, a través de la concesión de un capital o pensión (antigua ley 132 FN).

C) MODOS DE USO EN LAS COMUNIDADES FAMILIARES FORMALMENTE CONSTITUIDAS  
Y EN LAS COMUNIDADES FAMILIARES DE HECHO

Junto a la realidad de la Casa, el FN recogía, de modo más genérico, otros dos caminos que conducían a una fórmula de cohabitación entre distintas personas con distintos derechos y modos de uso de la vivienda. Se trata de las comunidades familiares formalmente constituidas y las comunidades familiares de hecho.

La de las comunidades familiares formalmente constituidas (reguladas en la antigua ley 128 FN) es una realidad amplia que ha existido a lo largo de la historia en otros países y ordenamientos que, en palabras de Gaudemet recogidas y asumidas por Lacruz Berdejo<sup>(16)</sup>, se define por la conjunción de varios elementos: agrupación de personas vinculadas por un parentesco; existencia de un patrimonio común, cuyo estatuto jurídico y composición puede ser variado; comunidad de trabajo cuyo fin es dar valor al patrimonio común; gestión colectiva del patrimonio, lo que no implica que sea obra conjunta de todos sus miembros; y solidaridad afectiva, sentido del linaje o simple sentimiento de ayuda recíproca. Elementos que ayudan a distinguir una comunidad familiar de una simple indivisión patrimonial. La agrupación de individuos y la naturaleza de los bienes comunes permite una cierta comunidad de vida, pero los grados de esta vida común pueden ser múltiples: desde lo que es propiamente la vida bajo el mismo techo, a la sola explotación del patrimonio común, en cuyo caso, desaparece la comunidad de existencia y subsiste la de trabajo y bienes. La realidad de las comunidades familiares en Navarra, ha estado muy ligada a la Casa, pero la desborda. Cuando esa pluralidad de

---

(16) LACRUZ BERDEJO, L., y SANCHO REBULLIDA, F., 1975, p. 244, nota 1.

personas ligadas por el parentesco conviven, la tenencia de la vivienda se basa en la propiedad por parte de quienes ostentan propiamente la titularidad –amos o dueños–, mientras que las de los demás sería una posesión tolerada, salvo que en su constitución se hubieran establecido derechos personales o reales en favor de todos o algunos de estos parientes. Al ser lo propio de las comunidades familiares formalmente constituidas su constitución formal, es decir, la existencia de un título constitutivo –habitualmente en escritura pública–, es ahí donde se establecían, los derechos en favor de los convivientes.

Por su parte, las comunidades familiares de hecho son realidades en las que se mantiene «una situación permanente de convivencia y colaboración entre personas y familias sin haberse establecido las reglas a que hubiera de sujetarse» (antigua ley 129 FN). Así pues, en este tipo de comunidades también concurrían dos o más personas entre las que mediaba una comunidad de vida, en sentido amplio, con o sin relación de parentesco, y sentimiento de ayuda mutua, de colaboración<sup>(17)</sup>. A lo que se sumaba, como elemento diferenciador, la ausencia de reglas establecidas para la regulación de esa realidad comunitaria, al carecer de constitución formal y, por tanto, de un título constitutivo en el que se plasmará una regulación o previsiones específicas pactadas sobre su funcionamiento. Tradicionalmente los supuestos que se entendían incluidos bajo esta denominación tenían que ver y giraban en torno a la Casa, cuando esa convivencia y actividad laboral total o parcial en pro del patrimonio familiar o de la Casa, se daba sin existir un acto formal de constitución ni previsión de reglas de funcionamiento<sup>(18)</sup>. En estos casos, aunque la inercia llevaba a que los modos de tenencia fueran muy similares a los que se daban en las comunidades familiares formalmente constituidas, nada impedía que, la propia realidad de hecho indicara otra cosa.

### 2.1.2 *Lo que pervive de esos modos de uso tradicionales*

En la actualidad, la Casa ha dejado de ser el eje sobre el que pivota el Derecho civil Foral de Navarra y con la modificación y actualización del

(17) Sentencia del TSJNav de 9 de diciembre de 2014.

(18) Situación que podía tener su origen en una serie de supuestos de lo más variado, como, por ejemplo: 1. ser el desarrollo de una comunidad familiar «a prueba»; o 2. darse una llamada de los amos viejos de la Casa a uno de los hijos que anteriormente la había abandonado, derivándose de la vuelta del hijo la convivencia entre los integrantes de ambas familias, etc. ARREGUI GIL, J., 1995, p. 533.

Fuero Nuevo llevada a cabo en 2019<sup>(19)</sup> así se reflejó en el propio texto legal. Tanto es así que, en el debate de este texto, incluso se planteó la eliminación de la Casa como institución dada la constatación real de la práctica inexistencia de actos jurídicos dirigidos al mantenimiento y continuidad de la Casa<sup>(20)</sup>. Finalmente se mantuvo, pero relegada a ocupar, junto con esas instituciones que se derivan de ella, un solo título, el actual título XI del Libro I.

Así pues, todavía podemos encontrarnos con la realidad de la Casa y los modos de tenencia que han quedado señalados, pero sabiendo que, en la actualidad, por un lado, ya no se habla de amos viejos y amos jóvenes, sino de los dueños o de quienes, en los respectivos títulos de propiedad, tengan atribuida o reservada su administración (actual ley 112 FN) y al conjunto de personas unidas entre sí por su vinculación a la Casa, se los denomina «comunidad o grupo familiar» (la actual ley 127,1 FN). Y por otro que, tanto al hablar propiamente de la Casa como de las comunidades familiares formalmente constituidas como las de hecho<sup>(21)</sup>, esta base personal que las compone es ahora releída según los parámetros de la realidad socio-cultural actual, realidad que es distinta a la que existía cuando se redactó el Fuero Nuevo, entre otras cosas, por la existencia de nuevos modelos de vida y de relaciones familiares.

Antes de que se produjera la modificación y actualización del FN, la regulación prevista para las comunidades familiares de hecho se venía aplicando en la práctica a otras realidades distintas de aquellas para las que nació. Por ejemplo, se aplicó a realidades derivadas de situaciones de crisis económico-sociales (como lo fue la crisis económica de 2008), tales como: hijos con sus familias (matrimonial, de unión en pareja, monoparental o reconstituida) que volvieron al hogar familiar –o hicieron hogar familiar en la vivienda de los hijos, sacando a los mayores de la residencia en la que estaban– donde se vivía de la pensión de los unos, las prestaciones del paro de otros, el salario –habitualmente escaso– de los más afortunados y el trabajo, el cuidado y la colaboración en la casa de todos, particularmente de los no incluidos en los apartados anteriores, dándose esa situación permanente de convivencia y colaboración sin reglas y, en lo que a nosotros interesa, concurriendo entre ellos distintos modos de tenencia y uso de la vivienda.

---

(19) Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.

(20) ABARZUA GIL, M. A., 2020, p. 553.

(21) Actualmente reguladas en el Libro I «De las personas, de la familia y de la Casa Navarra», Título XI «La Casa Navarra», en el Capítulo I: «La Casa y su transmisión mediante donación ordenada para su unidad y continuidad» leyes 127 y 128 (la Casa); y en el Capítulo III «de las comunidades familiares», ley 134 LMAFN (las formalmente constituidas); y ley 135 (las de hecho).



Por su parte, el «acogimiento a la Casa»<sup>(22)</sup> es otra de las instituciones que también permanece tras la modificación y actualización del FN, señalando que «cuando en capitulaciones matrimoniales, testamento u otras disposiciones otorgadas mediante escritura pública se establezca en favor de alguna persona derechos de vivir en la Casa, de ser alimentada y atendida, tanto en salud como en enfermedad u otros similares, con o sin obligación de trabajar para ella, el sucesor en el patrimonio de la Casa tendrá el deber de cumplir con dichas cargas conforme a la disposición que las establezca, al nivel económico de la misma y a la costumbre del lugar». Son dos las diferencias que se dan con relación a la regulación anterior de esta figura. Por un lado, en cuanto a la forma del título que establece el derecho de acogimiento, en la que ahora no entramos; y, por otro lado, el actual precepto habla expresamente de «carga», expresión que la antigua ley 131 FN no contenía al definir ese derecho y carga que ha de ser respetada por quien recibe, como sucesor el patrimonio, en su condición de donatario o heredero, no por el hecho de haber devenido propietario. Es decir, que la inclusión de esta referencia, lo que hace es recoger lo que ya era, carga en sentido de obligación personal y no real, salvo que así se establezca expresamente.

### 2.1.3 *Nuevos modos de uso. Las comunidades de ayuda mutua*

La nuevas leyes 117-119 FN<sup>(23)</sup> regulan esta nueva figura de las comunidades de ayuda mutua que se caracterizan por: la convivencia entre dos o más personas mayores de edad (no se establece un límite máximo en cuanto al número de convivientes, a diferencia de la regulación catalana que los limita a cuatro si no son parientes –art. 240-2.2 CCat–); que pueden ser parientes en línea colateral sin límite de grado (quedando pues excluidas de estas relaciones los cónyuges, las parejas estables o de hecho, ley 118, 2 FN) o tener entre ellos relación de amistad o compañerismo; convivencia que se da bajo un mismo techo, en la misma vivienda

---

(22) Ubicado con la LMAFN en el Libro I «De las personas, de la familia y de la Casa Navarra», Título XI «La Casa Navarra», en el Capítulo IV: «Del acogimiento a la Casa y de las dotaciones», ley 137.

(23) Contenidas en el Libro I «De las personas, de la familia y de la Casa Navarra», Título IX «Comunidades de ayuda mutua», leyes 117 a 119 LMAFN. La ley 117 la define como un supuesto en el que «Dos o más personas mayores de edad que convivan en una misma vivienda habitual con voluntad de permanencia, sin contraprestación económica y con finalidad de procurarse asistencia entre ellos compartiendo los gastos comunes y el trabajo doméstico, pueden constituir una relación de ayuda mutua mediante convenio con forma escrita». En la Disposición final segunda de LMAFN que introduce esta institución, se prevé la elaboración de una futura ley foral que la desarrolle. Ley que todavía no se ha dado.

habitual; con voluntad de permanencia, lo cual dota a esa convivencia de estabilidad o continuidad en el tiempo; por razones de asistencia, de ayuda mutua (no se incluye expresamente las razones de afecto, pero tampoco están excluidas si van unidas a las de asistencia); compartiendo gastos comunes, trabajo doméstico, o ambas cosas; y estableciendo mediante «pacto escrito» (ya sea público o privado) su constitución y la regulación de sus relaciones, derechos y deberes durante la convivencia, así como la forma de contribución –igual o desigual– a los gastos y el trabajo doméstico (ley 119).

Se trata de una institución «importada» del sistema catalán, por tanto, ajena a la tradición navarra, aunque con alguna conexión con las comunidades familiares y con el acogimiento de personas mayores<sup>(24)</sup>. De hecho, alguna de las realidades que ahora pueden encontrar acomodo en las actuales leyes 117 a 119 FN, antes de esta modificación de 2019 se venían solventando al amparo de la regulación relativa a las comunidades familiares de hecho y, dados los límites que se establecen en la regulación de las comunidades de ayuda mutua en cuanto a la forma (convenio por escrito, ley 117), es muy probable que la actual ley 135 FN relativa a las comunidades familiares de hecho siga sirviendo de amparo a supuestos que no encuentren acomodo en esta institución, sobre todo cuando se produce su disolución.

En el caso navarro, en el Preámbulo de la LMAFN se presenta esta figura como vinculada al envejecimiento progresivo de la población y, por tanto, como un instrumento con el que potenciar la protección de las personas mayores, dar solución a los problemas de soledad y aislamiento y como alternativa a su ingreso en residencias<sup>(25)</sup>. No obstante, esta motivación no se ha plasmado en el establecimiento de ningún requisito concreto en la regulación de la figura, de tal manera que no genera ningún tipo de inviolación. En todo caso, que esta inquietud sea la que subyace bajo la incorporación de esta institución, lleva a que algunos autores señalen la necesidad de vigilar que estos pactos no encubran un contrato de asistencia personal a cambio de una contraprestación en especie en forma de vivienda y sustento, dando lugar a un mercado ilegal de asistentes domésticos<sup>(26)</sup>.

En lo que a la tenencia de la vivienda se refiere, pueden darse múltiples supuestos que no se contemplan por el legislador (a diferencia del caso catalán): que la vivienda pertenezca en propiedad a uno de los convivientes, a todos o a algunos de ellos, o que pertenezca a un tercero. Lo

---

(24) Así lo señala DÍAZ MARTÍNEZ, A., 2020, p. 518, con quien estoy de acuerdo.

(25) Preámbulo III, 9 de la LMAFN.

(26) CARPI MARTÍN, R., 2018, p. 184.

importante es que exista un título jurídico suficiente que legitime la posesión y tenencia de este grupo de personas. Mientras dura la convivencia, el modo de tenencia del titular, será el que se corresponda con el derecho real u obligacional que se ostenta (propiedad, usufructo, arrendamiento...), mientras que el modo de tenencia de los demás se apoya precisamente en la existencia de esa comunidad de ayuda mutua, no pudiendo ser calificada su tenencia como la propia de un comodatario ya que el comodato se caracteriza por su gratuidad y, en las comunidades de ayuda mutua, todos los convivientes aportan, aunque sea de distintos modos<sup>(27)</sup>. No obstante, esta consideración no es pacífica entre la doctrina, ya que hay autores que entienden que precisamente lo que existe por parte de los demás convivientes es una situación de comodato a su favor<sup>(28)</sup>.

En caso de que el título habilitante sea un contrato de arrendamiento, se puede plantear un problema ya que, si el contrato de arrendamiento no estuviera suscrito por todos los miembros de la comunidad, la existencia de esta comunidad de ayuda mutua que *ad intra* nos explica el modo de tenencia de quienes no lo han suscrito, *ad extra* podría no ser suficiente para impedir que el arrendador pudiera pedir la resolución del contrato por cesión incontestada del inmueble<sup>(29)</sup>. En caso de que un tercero, de forma altruista, dejara vivir a esta comunidad en una vivienda de su propiedad, estaríamos ante una situación de posesión en precario por parte de todos los convivientes cuya permanencia, en tanto que posesión tolerada, estaría a merced del mantenimiento de ese consentimiento por parte del titular del bien.

Si se extingue o se pierde el derecho sobre el que se sustenta la tenencia del inmueble (expropiación del inmueble, ejecución del mismo, extinción del usufructo o del arrendamiento, etc.), la comunidad de ayuda mutua se mantendrá, con la modificación que implicaría pasar a ocupar otro inmueble por otro título legal. Título por referencia al cual se calificarían las distintas tenencias de cada uno de los convivientes.

En caso de que se rompa la convivencia y/o se extinga la comunidad de ayuda mutua, la regulación navarra no establece una previsión al respecto, sino que lo deja a la libertad de pacto entre los convivientes. De modo que son múltiples las opciones con las que nos podemos encontrar. Así, si quien pone fin a la convivencia es quien era el titular de la vivienda o del derecho sobre ella, se puede haber previsto de antemano o establecer en el momento un plazo dentro del cual el resto de convivientes deberá encontrar un nuevo lugar donde residir, dando de este modo un margen de

---

(27) DÍAZ MARTÍNEZ, A., 2020, p. 529.

(28) En este sentido se manifiestan, por ejemplo: MONEDERO RIBAS, M., 2014, p. 144; y GÓMEZ SORIANO, M., 2022, p. 8.

(29) DÍAZ MARTÍNEZ, A., 2020, p. 523.



tiempo en el que todavía se podrá ocupar la vivienda. Si no se da ese margen de tiempo o ya ha transcurrido, el titular tendrá en sus manos el ejercicio de la acción de desahucio si el resto de convivientes se niega a dejar la vivienda.

Nos encontramos ante una figura de nueva generación y todavía con tan poco recorrido en Navarra que no permite aventurar una valoración sobre su aplicación y repercusión.

## 2.2 Los modos de uso de la vivienda vinculados a la Casa aragonesa

En Aragón, la Casa ha tenido tanta vitalidad e importancia como en Navarra, pero su Compilación<sup>(30)</sup>, en la que se constataba implícitamente su existencia como realidad social y familiar, se limitaba a señalar las instituciones y pactos que la sustentaban (en particular, en el artículo 33)<sup>(31)</sup>. El artículo 201<sup>(32)</sup> del actual Código del Derecho Foral de Aragón<sup>(33)</sup>, prácticamente reproduce ese artículo 33, constituyendo al igual que el anterior un cajón de sastre donde, sin establecer regulación alguna, se enumeran instituciones familiares consuetudinarias. Su ubicación en sede del régimen matrimonial paccionado obedece a que todas las instituciones ahí mencionadas, tradicionalmente, se adoptaban en capítulos matrimoniales con la finalidad de mantener la familia y la Casa aragonesa<sup>(34)</sup>.

De entre las instituciones que ahí se mencionan y que constituyen todas ellas comunidades familiares, destacamos el «acogimiento o casamiento a sobre bienes» y el «consorcio universal o juntar dos casas». En el primero de ellos, nos encontramos con una realidad a la que se llega en virtud de un pacto por el cual una familia heredada, con hijos o sin ellos, recibe en su compañía a otra u otras familias de parientes o extraños, formando entre todos una comunidad familiar, que es a un tiempo sociedad de producción, de consumo y de ganancias<sup>(35)</sup>. En este caso, la familia que entra en la casa de la otra trabaja, administra y se beneficia en común de un determinado patrimonio en la forma y porción en que se establezca. Habitualmente se trataba de dos matrimonios con o sin hijos que unían sus esfuerzos para explotar de forma conjunta el patrimonio de uno de

(30) Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967.

(31) De PABLO CONTRERAS, P., 1992, p. 669.

(32) Ubicado en el Libro II. «Derecho de familia», Título II. «De los capítulos matrimoniales».

(33) Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

(34) BAYOD LÓPEZ, M. C., 2015, p. 349.

(35) BAYOD LÓPEZ, M. C., 2015, p. 350.



ellos –patrimonio agrícola, ganadero, industrial, comercial o de servicios–. La pareja «acogente» es la titular de los bienes (ya sean comunes o privativos de cualquiera de los cónyuges acogentes o una mezcla de ambos), mientras que los «acogidos», con independencia de que puedan realizar alguna aportación patrimonial (que, en todo caso habrá de ser menor con relación al patrimonio del acogente), se adhieren a la explotación y disfrute de esos bienes<sup>(36)</sup>. De este modo el «casamiento a sobre bienes» da lugar al nacimiento de una nueva comunidad familiar de la que surgen relaciones personales (de respeto y ayuda mutua) y patrimoniales para sus miembros; en ella, los acogentes llevan a cabo las facultades (entre ellas el uso de la vivienda) en tanto que propietarios, mientras que los acogidos lo hacen como usufructuarios<sup>(37)</sup>, de modo que si éstos sobreviven a los acogentes, continuarán disfrutando de tal derecho durante toda su vida.

Por su parte, el «consorcio universal o juntar dos casas» se produce cuando dos casas distintas se unen, de lo que resulta una comunidad de explotación y disfrute a la par que de previsión hereditaria de la unidad. Las causas por las que se puede producir esta unión pueden ser: un acogimiento, cuando los acogidos tienen casa propia; o un doble heredamiento: se casan entre sí dos herederos de sus respectivas casas<sup>(38)</sup>. A diferencia del caso anterior, aquí se trata de la puesta en común de dos patrimonios de igual o similar entidad<sup>(39)</sup>. El resultado de esa unión es una nueva comunidad en la que deja de distinguirse entre los bienes de unos y de otros y los bienes ganados, para formar entre ellos una masa común indiferenciada<sup>(40)</sup>. Así pues, la forma de tenencia de los bienes que conforman esa masa común, entre los que se encuentra la vivienda, será la propia de los titulares.

Por último, el artículo 109 de la antigua Compilación aragonesa de 1967, recogía algo similar al acogimiento navarro, en favor de los hijos no herederos, con cargo al patrimonio familiar<sup>(41)</sup>. La diferencia con el caso navarro, estribaba en que, en el caso aragonés, esos derechos se establecían impositivamente por ley a cargo del heredero, mientras que, en el caso navarro, como ha quedado dicho, el origen no es legal sino por disposición voluntaria de los instituyentes a cargo del instituido heredero de la Casa. La actual Compilación de 2011 ya no contempla esta figura.

(36) MERINO HERNÁNDEZ, J. L., 1986, p. 364.

(37) MERINO HERNÁNDEZ, J. L., 1986, pp. 363 y 366-367.

(38) BAYOD LÓPEZ, M. C., 2015, p. 350.

(39) MERINO HERNÁNDEZ, J. L., 1986, p. 364.

(40) MERINO HERNÁNDEZ, J. L., 1986, p. 370.

(41) Artículo 109 Compilación de 1967: «1. Los hermanos solteros del heredero único que permanezcan en la casa, trabajando, en tanto pudieren, a beneficio de ella, tendrán derecho a recibir asistencia y a ser dotados al haber y poder de la casa. 2. No habiendo acuerdo sobre fijación de dote, ésta será determinada por la Junta de Parientes».

### 2.3 **La Compañía familiar gallega y los modos de uso de la vivienda vinculados a ella**

Los artículos 157 a 170 de la Ley de Derecho civil de Galicia contienen la regulación de la compañía familiar gallega<sup>(42)</sup>. Esta institución se constituye entre labradores con vínculos de parentesco (sin limitaciones de grado), con la finalidad de vivir juntos y explotar en común «tierras, lugar acasado o explotaciones pecuarias de cualquier naturaleza pertenecientes a todos o a alguno de los reunidos» (art. 157). Salvo pacto en contrario, se entiende constituida la compañía familiar gallega cuando un pariente del labrador «case para casa». Se entiende por casar para casa el hecho de integrarse el nuevo matrimonio o pareja en la vida comunitaria y de trabajo del grupo familiar ya constituido. Dicha integración habrá necesariamente de documentarse cuando lo solicite cualquiera de las partes (art. 160). Se trata de una institución que, a pesar de haberse mantenido en la vigente Ley de 2006, tiene escasa vigencia actual<sup>(43)</sup>.

Como señala la STSJG de 9 de noviembre de 2002, lo que subyace en el fondo en la Compañía familiar es la finalidad de conservar la casa petrucial o patrimonio familiar bajo la dirección del sucesor del petrucio, que éste solía asignar al hijo que consideraba más capacitado para tal menester, imponiéndole la condición de cuidarle y atenderle hasta su fallecimiento. De modo que lo esencial y lo que se busca con la institución no es tanto que el sucesor del petrucio contraiga matrimonio, sino que mantenga el patrimonio familiar y preste la debida atención al causante, conviva con él en la misma casa y le ayude en los trabajos domésticos y laboreo de los bienes<sup>(44)</sup>. Así pues, se repite también en el caso gallego esa estructura de funcionamiento en la que se busca mantener el patrimonio íntegro y que éste sea, desde antes incluso de fallecer su titular, gestionado y cuidado por quien será el sucesor, manteniéndose en unidad de convivencia bajo el mismo techo.

### 2.4 **La Casa catalana y los modos de uso de la vivienda vinculados a ella**

También en el derecho catalán tradicional, se articulaba todo un sistema en torno a la sucesión en la titularidad de la Casa. De ahí que en él se

---

(42) Artículos ubicados en el título VIII del mismo nombre de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia. En estos artículos se recoge el contenido de los artículos 100 a 111 de la anterior Ley de 1995, en términos, a su vez, análogos a los ya recogidos en la Compilación de 1963.

(43) Así lo reconocen, entre otros, BELLO JANEIRO, D., 2009, p. 31.

(44) BELLO JANEIRO, D., 2009, p. 35.



han dado figuras similares a las que hemos comentado en otros derechos forales. Así, en los heredamientos catalanes, el «hereu» era uno de los hijos y sus hermanos recibían en pago de sus derechos legitimarios, unos derechos de asistencia y «acogimiento» mientras estaban en la Casa conviviendo con el heredero (art. 71,3)<sup>(45)</sup>. Ese artículo 71 de la antigua Compilación catalana, presumía siempre, salvo estipulación contraria, los pactos de convivencia entre el heredante, el heredero y demás hijos. En ese pacto, todos ellos se comprometían a aunar sus esfuerzos bajo la dirección y libre administración del heredante, y a aportar al acervo común todos sus ingresos y las rentas de sus bienes, para mejor atender a las necesidades de la casa y a las particulares de sus miembros. Puig Ferriol señalaba que más que un pacto de unidad económica familiar, lo que ahí se producía era la constitución de una comunidad familiar, es decir, «una entidad creada por personas ligadas entre sí por vínculos de parentesco, que aúnan sus esfuerzos al servicio de la pervivencia de la casa estableciendo una comunidad de vida entre ellos»<sup>(46)</sup>. Si bien la convivencia entre los miembros de la comunidad se deducía del contexto, esto en ocasiones podía entrar en conflicto con la libertad individual de cada uno. De ahí que, en las tradicionales escrituras de capitulaciones matrimoniales catalana, se preveían distintas soluciones si se daba ese supuesto de necesaria separación en la convivencia entre heredantes y herederos. Así, si bien en ocasiones se pactaba que, si los hijos herederos se separaban de los heredantes, esa separación implicaba la resolución del heredamiento, en otras ocasiones cuando tal voluntad se manifestaba, se planteaban distintas opciones tales como: asignar a los herederos unas habitaciones independientes, o la facultad de vivir en otra casa de los heredantes, o la entrega del pleno dominio de algunas fincas, o el usufructo y administración de una parte del patrimonio del heredante<sup>(47)</sup>. De modo que pudiera darse una cierta independencia en lo que a la convivencia bajo el mismo techo se refiere. De donde se desprende cuáles eran o podían ser los modos de uso entre ellos.

#### 2.4.1 *Lo que pervive de esos modos de uso tradicionales*

No es mucho lo que pervive de aquel tradicional sistema en el actual Código de Leyes Civiles de Cataluña. De hecho, encontramos tan solo un pequeño vestigio para el Valle de Arán, en el artículo 232-29 CCCat<sup>(48)</sup>,

(45) Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña.

(46) PUIG FERRIOL, L., 1978, p. 159.

(47) PUIG FERRIOL, L., 1978, p. 160-161.

(48) Recogido en el Libro II del CCCat «La persona y la familia», Capítulo II «Regímenes económico matrimoniales».



que podemos decir que pervive formalmente en la norma porque se trata de una institución ya en desuso desde hace siglos pero que, desde el Conselh Generau d'Aran se intenta impulsar como régimen económico matrimonial<sup>(49)</sup>.

Y es que el «pacto de convinença o mitja guadanyeria» que se recoge en ese precepto, puede constituirse como un régimen económico matrimonial propiamente dicho, si solo vincula a los cónyuges, pero cuando vincula no solamente a los cónyuges, sino también a los hijos y extraños<sup>(50)</sup>, constituye una comunidad familiar o asociación patrimonial. Asociación con la que se trata de optimizar al máximo los recursos con los que cuenta la familia y disponer más manos para trabajar las tierras, considerándose como una prolongación de la propia familia. Conlleva también convivencia y se configura como una comunidad de bienes entre todos los asociados<sup>(51)</sup>, con lo que ello implica cara al uso de la vivienda por todos ellos.

#### 2.4.2 *Nuevos modos de uso. Las relaciones convivenciales de ayuda mutua*

Sin duda, dentro de los nuevos modos de uso en el Derecho catalán, destacan las creativas figuras de la propiedad temporal y la propiedad compartida, en las que no nos vamos a detener por ser estudiadas monográficamente en otra parte de este Tratado. Aquí señalaremos otra figura de nueva creación, regulada en los artículos 240-1 a 240-7 del CCCat<sup>(52)</sup>, las relaciones convivenciales de ayuda mutua. Lo que se regula bajo esta denominación es una relación que puede abarcar todo un abanico de realidades que se caracterizan por que dos o más personas (con el límite máximo de cuatro, salvo que sean parientes, artículo 240-2), unidas bien por vínculos de parentesco (sin límite de grado en la línea colateral) o de amistad o compañerismo, conviven, compartiendo la misma vivienda, poniendo en común elementos patrimoniales y trabajo doméstico, con voluntad de permanencia y ayuda mutua. A pesar de que las personas que la componen pueden ser parientes, no constituyen una familia nuclear, de

(49) IZQUIERDO GRAU, G., 2018, p. 11.

(50) En su apartado 3.º, el artículo 232-29 CCCat dice: «la convinença también puede establecerse entre los progenitores y los hijos, e incluso entre extraños, pactando que los bienes ganados y los que se ganarán queden en comunidad mientras subsista la asociación».

(51) IZQUIERDO GRAU, G., 2018, p. 24.

(52) Ubicados en el Título IV, del Libro II, de la Ley 25/2010, de 29 de Julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña.



modo que queda excluido tal supuesto para matrimonios o parejas estables, realidades éstas que ya cuentan con su propia regulación.

A diferencia de lo que ocurre en Navarra, que ha importado esta figura de esta regulación, con algunas diferencias, en Cataluña estas relaciones pueden constituirse de dos formas: a través de la manifestación formal del consentimiento en escritura pública, o por la constatación de hecho de la convivencia durante dos años mediante acta de notoriedad (art. 240-3 CCCat)<sup>(53)</sup>. Que se prevea una forma de constitución de hecho, opción no prevista en el FN, facilita amparo y acogimiento a este régimen previsto.

En lo que a nosotros interesa, las personas que conforman la comunidad de ayuda mutua, viven en una misma vivienda de forma habitual y con voluntad de permanencia, contribuyendo todas ellas a su sostenimiento, sin mediar retribuciones. Es decir, que todos ellos comparten los gastos comunes o el trabajo doméstico o ambas cosas, en forma igual o desigual según se haya acordado (art. 240-4). Pudiendo incluso, tanto el trabajo doméstico como las cargas, ser asumidas íntegramente por uno de ellos, si así se pacta.

El uso de la vivienda que comparten y en la que conviven, puede obedecer a distintos supuestos. El artículo 240-6 CCCat, en el que se regulan los efectos de la extinción de esta comunidad respecto a la vivienda, nos acerca a alguno de los más significativos: propiedad y arrendamiento. Así, en su primer apartado se contempla la posibilidad de que la vivienda fuera propiedad de alguno o algunos de los convivientes y se diera la extinción de las relaciones de convivencia en vida de todos ellos, establece el precepto para este caso que, los convivientes que no fueran titulares, deberán abandonar la vivienda en el plazo de tres meses. Si lo que acontece es el fallecimiento del propietario de la vivienda, los demás convivientes tienen derecho a permanecer en la vivienda durante 6 meses, a contar desde su muerte (art. 240-6, 2 CCCat), debiendo abandonar la vivienda transcurrido ese tiempo, salvo que hubieran pactado otra cosa. En caso de que la persona muerta fuera la arrendataria de la vivienda, los convivientes tendrán derecho a subrogarse en la titularidad del arrendamiento por el plazo de un año, o por el tiempo que falte para la expiración del contrato, si es inferior. A tal fin, los convivientes deberán notificarlo al arrendador, en el plazo de tres meses desde el fallecimiento

---

(53) Este precepto ha de relacionarse con lo previsto en el artículo 36 de la Ley 19/2010, de 7 de junio de regulación del impuesto sobre sucesiones y donaciones, donde, en las adquisiciones por causa de muerte entre miembros de una relación de convivencia de ayuda mutua, los adquirentes quedan asimilados a otros descendientes en la aplicación de las reducciones a efectos de calcular la cuota tributaria. PUIG BLANES, F. P., y SOSPEDRA NAVAS, F. J., 2020, p. 609. De ahí el interés por conocer cuándo se constituye esta comunidad.

del arrendatario (art. 240-6, 3 CCCat)<sup>(54)</sup>. En todos los supuestos señalados, se trata de dar un tiempo prudencial al resto de los convivientes, bien individualmente o en grupo –pues nada impide que entre ellos se mantenga la realidad de comunidad de ayuda mutua–, para buscar otro lugar donde residir, pues su uso de la vivienda se apoyaba en el derecho que tenía su titular y, fallecido éste o extinguida la comunidad, ya no les ampara.

### 3. DERECHOS REALES FORALES QUE ATANEN AL USO DE LA VIVIENDA

En el ámbito de los derechos forales, también se puede hablar de los modos de tenencia clásicos recogidos en los libros o secciones de sus Códigos y Compilaciones relativos a los derechos reales. En esta categoría, se encuentran en primer lugar la propiedad temporal y la propiedad compartida, dos nuevas formas de propiedad introducidas en el Libro V del Código Civil de Cataluña por la Ley 19/2015, de 29 de julio, con la intención precisamente de facilitar el acceso a la vivienda. No nos detendremos en estas figuras dado que son estudiadas en otro apartado de este Tratado. Sí lo haremos, por contra, en los derechos de habitación que con distintas particularidades aparecen en algunos de los derechos forales.

#### 3.1 El derecho de habitación en Navarra

El derecho de habitación<sup>(55)</sup> en Navarra, de carácter gratuito<sup>(56)</sup> y vitalicio, tiene un objeto más amplio que en el derecho común pues concede a su titular la facultad de ocupar una vivienda ajena en su totalidad y de forma exclusiva, salvo disposición legal o voluntaria en contrario (ley 424 FN). Así pues, en ausencia de limitaciones legales o voluntarias, el habitacionista puede usar toda la vivienda en exclusiva, sin que la extensión de su derecho

---

(54) Entiende la doctrina que, en este supuesto, al establecer un nuevo supuesto de subrogación *mortis causa* en el derecho de arrendamiento, el legislador catalán se ha extralimitado en sus competencias. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 1998, Tribuna.

(55) Regulado en el Libro III «De los bienes», título IV «Del usufructo, habitación, uso y otros derechos similares», capítulo II «De la habitación, uso y otros derechos similares», leyes 423 a 425 FN (este capítulo no se ha visto modificado por la LMAFN).

(56) Lo cual no impide que, al igual que en otros ordenamientos, el titular deba abonar las cantidades relativas a «contribuciones, suministros, servicios individualizados y gastos que graven precisamente el uso exclusivo que él hace de la cosa», así como «las reparaciones que exija el desgaste por el uso ordinario» (ley 423,2 FN).

quede determinada por sus necesidades y las de las personas que conviven con él, como sí ocurre en el derecho común (art. 525 CC).

Además, a diferencia también del derecho común, puede el habitacionista arrendar la vivienda total o parcialmente mientras dure su derecho, de modo que al extinguirse el derecho de habitación, se extingue también el arrendamiento sin posibilidad de prórroga alguna (ley 424 FN)<sup>(57)</sup>. Que se otorgue esta facultad al habitacionista, no implica que el derecho de habitación sea transmisible, dado que lo que se cede temporalmente es el uso del bien sobre el que recae el derecho real del que, por otro lado, se sigue siendo titular. Quien es titular del derecho real y poseedor mediato del bien es el habitacionista; mientras que el arrendatario es titular de un derecho personal –arrendamiento– que le otorga la posesión inmediata del bien. El FN dice que se puede arrendar el bien, pero no que se pueda ceder el derecho. En ningún momento se dice que éste sea enajenable, cosa que sí implicaría la transmisibilidad del derecho real. Así pues, en Navarra el derecho de habitación sigue siendo intransmisible y, por eso mismo, no hipotecable<sup>(58)</sup>. Por otro lado, el texto legal tan solo dice que se puede arrendar la vivienda, de modo que tampoco se puede ceder su uso total o parcialmente a título gratuito<sup>(59)</sup>.

Si bien es cierto que el tenor literal de la norma no hace referencia a la necesidad habitacional, se requiere que el inmueble sobre el que recae este derecho reúna condiciones de habitabilidad porque ese suele ser su destino habitual. Lo cual no implica que necesariamente vaya a ser la vivienda habitual del habitacionista y los suyos («los que con él convivan»), puesto que, al no exigirlo la norma y permitir también su arriendo total, puede ser otro el uso que éste le dé. Por ejemplo, podría ser usada como segunda vivienda, lugar de descanso o recreo<sup>(60)</sup>.

Por otro lado, la modificación y actualización del FN que tuvo lugar en 2019 introdujo un nuevo derecho de habitación legal en favor de las personas con discapacidad o dependencia, inspirado en el artículo 822,2 CC<sup>(61)</sup>: «Tendrán derecho de habitación sobre la vivienda habitual los ascendientes o descendientes con discapacidad o dependencia que convivan

---

(57) La facultad que se reconoce al habitacionista de ocupar la vivienda total y exclusivamente, así como arrendarla total o parcialmente, son opciones que el legislador navarro adoptó retomando la configuración Justiniana de esta figura. DÍAZ BRITO, F. J., 2002, p. 1409.

(58) En este sentido discrepo de lo establecido por ELIZARI URTASUN, L., 2020, p. 1795.

(59) Con relación a este extremo la doctrina es unánime. Así, ARREGUI GIL, J., 2002, p. 362; y DÍAZ BRITO, F. J., 2002, p. 1411.

(60) Entre otros: ELIZARI URTASUN, L., 2020, p. 1799.

(61) Como bien señala Elizari, dadas las características propias del derecho sucesorio navarro que se rige por la libertad de disposición y donde no existen legítimas con contenido económico, resulta innecesaria una norma como la prevista en el apartado primero del artículo 822 CC (donación o legado de derecho de habitación). ELIZARI URTASUN, L., 2020, p. 1803.

en la misma con su titular en el momento de su fallecimiento siempre que este no hubiere previsto de otra forma cubrir la necesidad de vivienda de dichas personas o lo hubiera excluido expresamente» (ley 425,1 FN). Este derecho, que puede coexistir con otros que sobre la vivienda se hubieran establecido en favor de otras personas, «concede a su titular la facultad de ocupar dicho inmueble para sí y para los que con él convivan con la exclusiva finalidad de satisfacer su necesidad de vivienda y no podrá ser objeto de arrendamiento» (ley 425,2 FN). Dado que la única finalidad de este nuevo derecho es la de cubrir la necesidad habitacional de las personas que se encuentran en tal situación, su regulación se separa en dos aspectos de la del régimen general establecido para el derecho de habitación en las leyes anteriores. Por un lado, el habitacionista usa este inmueble exclusivamente como vivienda habitual (no podrá ser, por tanto, su segunda vivienda o vivienda de recreo u ocio) y, por otro lado, no podrá ser objeto de arrendamiento total ni parcial. Aunque no se dice, se entiende que, al igual que el derecho de habitación general, el habitacionista puede utilizar la totalidad de la vivienda, tanto él como las personas que con él convivan o sus cuidadores. No obstante, ha de tenerse en cuenta que la propia ley 425 FN advierte de que este derecho puede coexistir con «otros derechos» que correspondan a otras personas, sobre la misma vivienda. Se entiende que se trata de otros derechos de uso y disfrute como puede ser el usufructo de viudedad, en favor del cónyuge viudo (ley 253 FN).

Se trata pues de un derecho que nace automáticamente, al fallecer el propietario de la vivienda, a favor de las personas que se encuentran en esa situación, siempre y cuando concurren todos los elementos previstos en la norma: que el inmueble propiedad del causante, fuera su vivienda habitual y también la de la persona a cuyo favor nace este derecho, de modo que ambos ya convivían en él con carácter previo al deceso (no se exige un periodo mínimo de convivencia); que el beneficiario de este derecho sea ascendiente o descendiente con discapacidad o en situación de dependencia, (a diferencia del artículo 822 CC no se exige que sean legítimarios); y, por último, que el causante no haya dispuesto otra forma de cubrir esa necesidad, sea por la vía que sea.

### 3.2 El derecho de uso de vivienda y el derecho de habitación en Cataluña

A diferencia de lo que ocurre en el derecho común y en los demás derechos forales, Cataluña tiene la particularidad de regular a través del

derecho de uso y el derecho habitación<sup>(62)</sup>, dos modalidades de uso de la vivienda de distinto alcance. El primero de ellos, el derecho de uso de una vivienda, tiene, como en el caso navarro, una mayor extensión pues «se extiende a la totalidad de esta y comprende el de las dependencias y los derechos anexos» (562-7 CCCat); mientras que el derecho de habitación, ciñe su extensión, como el derecho común, y «comporta el derecho a ocupar las dependencias y anexos de una vivienda que se indican en el título de constitución o, en defecto de esta indicación, los que sean precisos para atender las necesidades de vivienda de los titulares y de las personas que conviven con ellos, aunque el número de estas aumente después de la constitución» (562-9 CCCat).

Tradicionalmente estos derechos han sido considerados personales, en tanto que se constituyen *intuitu personae* y con la finalidad de dar cobertura a necesidades habitacionales. No obstante, la referencia explícita a la necesidad de alojamiento solo aparece en el derecho de habitación, de ahí que el bien no pueda ser usado para otras finalidades, a diferencia del derecho de uso de vivienda en el que ésta sí puede ser usada para otras finalidades (como ocurre en el caso navarro), como por ejemplo, lugar de estudio<sup>(63)</sup>. Del mismo modo, el titular del derecho de uso de vivienda puede también alquilar las dependencias que no necesite, haciendo suyos los frutos sin necesidad de obtener el consentimiento del propietario; mientras que el titular del derecho de habitación no goza de esta facultad.

Así como en derecho común el derecho de habitación se configura como intransmisible, no pudiéndose arrendar el uso, ni traspasar el derecho (art. 525 CC); y, en el derecho navarro, si bien no se puede traspasar el derecho, sí que se puede arrendar total o parcialmente la vivienda (ley 424 FN –no aplicable al derecho de habitación en favor de persona con discapacidad, ley 425 FN–), en el derecho catalán, además de poderse arrendar parte de la vivienda (solo aplicable al derecho de uso de vivienda) sin necesidad de contar con el consentimiento del propietario, se prevé expresamente (art. 562-4,1 CCCat) que el titular pueda gravar o enajenar *inter vivos* ambos derechos siempre y cuando se den dos requisitos: 1. que se cuente con el consentimiento del propietario; y 2. que el derecho no tengan carácter alimenticio. Adquiriendo el derecho en estos casos un cierto carácter patrimonial. Se contempla además en el artículo 562-2 CCCat que, si el propietario del bien sobre el que se han constituido estos derechos, hipoteca posteriormente el bien, la ejecución

---

(62) Regulados en el Libro V «relativo a los derechos reales», título VI «de los derechos reales limitados», capítulo II «el derecho de uso y el derecho de habitación», artículos 562-1 a 562-11 CCCat.

(63) BOSCH CAPDEVILA, 2023, p. 427.

de la hipoteca conllevará la extinción de los derechos de uso y habitación si sus titulares consintieron su constitución (sin perjuicio de lo establecido por los artículos 233-19 a 233-24 y 234-8, en materia de vivienda familiar). Llama la atención el papel que se le da a ese consentimiento por parte del habitacionista en perjuicio propio y vinculado a un ejercicio natural de facultades por parte del propietario del bien.

El titular del derecho de uso de vivienda tiene a su favor la facultad de poseerla, utilizarla y disfrutarla según lo establecido en el título constitutivo o en la medida precisa para satisfacer sus necesidades y las de las personas que convivan con él (art. 562.6 CCCat). Estos, que son los beneficiarios del derecho, se caracterizan por convivir de forma estable y permanente con el habitacionista y por que éste se hace cargo de su mantenimiento<sup>(64)</sup>. El número de los beneficiarios puede variar y tienen derecho a poseer y utilizar la vivienda mientras no cese el derecho o la convivencia.

También en el derecho de habitación se distingue entre el titular y los beneficiarios a los que se les requiere ser convivientes, sin que tenga relevancia si les une o no parentesco con el titular. A diferencia del derecho de uso de vivienda, el derecho de habitación atribuye el uso de las dependencias exclusivamente para satisfacer una necesidad de alojamiento, no pudiendo por tanto atender a otras necesidades salvo que el título constitutivo establezca otra cosa. Por otro lado, algún autor señala que, si en el título constitutivo no se prevé nada al respecto y se acredita la necesidad, se da el caso de que este derecho puede llegar a extenderse a toda la vivienda<sup>(65)</sup>. Como ha quedado señalado, en este caso el habitacionista no puede arrendar ni ceder parte de la vivienda, dado que solo usa las dependencias imprescindibles para satisfacer su necesidad de alojamiento.

### 3.3 El derecho de *estatge* y el derecho de habitación en Baleares

Por su parte, la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares, también contempla dos figuras con distinto alcance en esta materia: el derecho de *estatge* en Mallorca (excluida expresamente para Menorca en el artículo 65 Compilación)<sup>(66)</sup> y el derecho de habitación en Ibiza y Formentera.

(64) Matiz que señala BOSCH CAPDEVILA, 2023, p. 424.

(65) SOLÉ RESINA, 2022, p. 476.

(66) El artículo 65 de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares señala que: «En la isla de Menorca rige lo dispuesto en el libro I de esta Compilación, a excepción de los artículos 54 a 63» y el derecho de *estatge* se encuentra recogido precisamente en el primero de los artículos excepcionados.

El derecho de *estatge* «confiere el derecho personalísimo e intransferible de habitar gratuitamente en la casa, ocupando privativamente las habitaciones necesarias y compartiendo el uso de las dependencias comunes con los poseedores legítimos del inmueble, sin concurrir a los gastos, cargas y tributos que le afecten» (art. 54 Compilación) <sup>(67)</sup>. Se trata de una variedad consuetudinaria del derecho de habitación <sup>(68)</sup> que busca la protección de los miembros del grupo familiar más necesitados (ancianos e incapacitados) <sup>(69)</sup>. Pero que también puede darse entre personas unidas entre sí por lazos familiares o cuasi familiares, o como puro acto de liberalidad como una forma de premiar o recompensar unos servicios prestados, especialmente cuando el concedente es una persona de edad <sup>(70)</sup>. La norma incide expresamente en su carácter personalísimo, intransferible <sup>(71)</sup> y gratuito, vinculando la extensión de las habitaciones a ocupar a las necesidades existentes al respecto. A diferencia de lo que ocurre en los derechos común, navarro y catalán, en el texto balear no se explicita si los beneficiarios de este derecho son las personas de la familia del titular (como dice el CC) o quienes convivan con él (como hacen el FN y CCCat). A pesar de no explicitarse, la interpretación y aplicación que se viene haciendo de este derecho se refiere a los beneficiarios como los miembros de su familia más próxima (cónyuge, hijos, y dependientes), con un contenido más cercano a la redacción del Código civil. En caso de que el habitacionista ceda su derecho a otros distintos de los señalados, permitiendo el uso de las dependencias a terceros extraños, a través de su cesión o arrendamiento, el derecho de *estatge* podría decaer por incumplimiento o abuso grave <sup>(72)</sup>.

El derecho de *estatge* se extiende a las dependencias de la casa necesarias para su titular y familia, sobre las que tiene un derecho privativo, pudiendo también usar las dependencias comunes con los demás

---

(67) El artículo 54 se encuentra ubicado en el Libro I de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares, intitulada «Disposiciones aplicables en la isla de Mallorca», Título III. «De los derechos reales».

(68) Aunque la regulación del derecho de *estatge* tiene matices propios, todo lo establecido en el artículo 54 de la Compilación tiene cabida en el amplio molde del derecho de habitación regulado en el Código civil. No obstante, la Compilación mantiene su denominación consuetudinaria por su conocimiento y tradición en su empleo por parte de la población. MIR DE LA FUENTE, T., 1980, p. 853; y CAMPOY TRAGINÉ, R., 2000, p. 4802.

(69) CAMPOY TRAGINÉ, R., 2000, p. 4806.

(70) MONSERRAT QUINTANA, A., 2004, p. 141.

(71) En estos dos rasgos abunda la jurisprudencia. Así la STSJB de 7 de marzo de 1997 dice de este derecho que es un «derecho real, de naturaleza inmobiliaria, personalísimo, que no puede ser cedido o transmitido a tercero por título alguno, oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*».

(72) Si bien la jurisprudencia ha señalado que esta consecuencia ha de interpretarse en sentido restrictivo. Así SAP Baleares de 4 de febrero de 1992.

poseedores legítimos, sobre las que tiene un uso compartido. Evidentemente queda excluido el uso de las dependencias que tengan atribuidas privativamente los demás poseedores legítimos con quienes se concurre. Para la determinación de las dependencias necesarias en cada caso concreto habrá de estarse a la intencionalidad del concedente del derecho reflejado en el título constitutivo y a las necesidades del titular del derecho. En todo caso, lo que no puede producirse nunca es que, en virtud de este derecho se ocupe la totalidad de la casa (cosa que sí podría ocurrir en el derecho de habitación previsto en el CC si la necesidad así lo exige y se prevé también con carácter general en el derecho de habitación de Navarra y en el derecho de uso de vivienda en Cataluña). Y es que en el caso balear, forma parte del contenido esencial de este derecho el que la ocupación de la casa sea parcial<sup>(73)</sup>.

Por su parte, el derecho de habitación previsto para Ibiza y Formentera, es un derecho «consistente en el disfrute de los elementos y pertenencias comunes de la vivienda y, en especial, de una habitación independiente que cierre con llave. El disfrute de todos los mencionados elementos y habitación, salvo estipulación expresa en contrario, se entenderá que es en la medida suficiente para atender a las necesidades del titular del derecho, y su contenido comprenderá, a título enunciativo, todo lo relativo al “porxo”, cocina, cisterna de la casa y frutas frescas» (art. 85 Compilación)<sup>(74)</sup>. Este derecho tiene su origen en la necesidad de proteger a las hijas, habitualmente menos favorecidas que los hijos —en concreto que el hereu— en las atribuciones patrimoniales. De ahí que, en los capítulos matrimoniales, en los denominados «*espolis*» con heredamiento a favor del hijo que se casa, en las donaciones *inter vivos* o en las disposiciones *mortis causa*, era habitual que se incluyera una cláusula con este derecho a su favor con la que se les aseguraba una morada para el futuro<sup>(75)</sup>. El empleo de esta institución con esta finalidad hace tiempo que cayó en desuso, de ahí que la aplicación y caracterización actual de este derecho es muy similar al derecho de habitación recogido en el Código civil, encajando en el molde de esa regulación. Hace ya algunos años, la doctrina balear decía que ese encaje no implicaba que pudiera hablarse de equiparación total entre ambas figuras, pero que el siguiente paso sería tal equiparación total<sup>(76)</sup>. Probablemente, en la actualidad, ya sea posible decir que ese paso ya se ha producido.

(73) Es un derecho «esencialmente parcial». CAMPOY TRAGINÉ, R., 2000, p. 4804.

(74) El artículo 85 se encuentra ubicado en el Libro III, intitulado «Disposiciones aplicables en las islas de Ibiza y Formentera», Título III. «De los derechos reales».

(75) CERDÁ GIMENO, J., 1981, p. 539.

(76) CERDÁ GIMENO, J., 1981, p. 540.





### 3.4 El derecho de habitación del cónyuge viudo en el País Vasco y otros derechos forales

En el artículo 54 de la Ley sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco<sup>(77)</sup>, se establece el derecho de habitación para el cónyuge o miembro superviviente de la pareja de hecho, señalando que: «[...] además de su legítima, tendrá un derecho de habitación en la vivienda conyugal o de la pareja de hecho, mientras se mantenga en estado de viudedad, no haga vida marital ni tenga un hijo no matrimonial o no constituya una nueva pareja de hecho».

Si bien se trata de un verdadero derecho real, de naturaleza legal, nos encontramos en un ámbito distinto, pues este derecho de habitación que recae sobre la que ha sido la vivienda conyugal con independencia de su carácter privativo o ganancial, forma parte de los derechos sucesorios<sup>(78)</sup> atribuidos al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, mientras mantenga tal estado y no lleve a cabo ninguno de los actos que se detallan en el precepto. La atribución de este derecho se le otorga además de la legítima<sup>(79)</sup>, constituyendo un añadido distinto del usufructo legitimario<sup>(80)</sup>. Lo cual indica el carácter protector del mismo para con el viudo, aunque venga condicionado por esa especie de deber de fidelidad *post mortem* para con el premuerto. En caso de que el causante hubiera previsto un usufructo universal en favor del superviviente, lógicamente este derecho subsumirá el de habitación, no entrando en juego en ese caso. La doctrina atribuye a este derecho de habitación el mismo carácter intransmisible que el artículo 525 CC atribuye al derecho de habitación del derecho común, de modo que «no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título»<sup>(81)</sup>, aplicándosele igualmente el régimen jurídico establecido en el Código civil por carecer de regulación específica en el Derecho vasco<sup>(82)</sup>.

Este tipo de previsiones en favor del cónyuge viudo –en algunos casos también en favor del miembro supérstite de la pareja de hecho– en relación con la atribución de la que ha sido la vivienda habitual de la pareja, las encontramos con distinto alcance en otras regulaciones y no siempre

(77) El artículo 54 está ubicado en el Título II «De las sucesiones», Capítulo II «De las limitaciones a la libertad de testar», Sección 1.ª «De la legítima».

(78) URRUTIA BADIOLA, A. M., 2016, p. 91.

(79) Tal y como está constituida puede llegar a gravar la parte de la legítima colectiva que corresponde a los descendientes ya que no afecta a la intangibilidad de la legítima (art. 56,2 LDCV). LLEDÓ YAGÜE, F., 2020, pp. 495 y 500.

(80) Al ser atribuciones legales independientes, el cónyuge viudo (o pareja supérstite) puede aceptar un llamamiento y rechazar el otro. GALICIA AIZPURÚA, G., 2016, p. 395.

(81) FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J., 2015-16, p. 483.

(82) FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J., 2015-16, pp. 493-495.



dan lugar a un derecho real de habitación. Lo que recalca el carácter «original» que tiene esta regulación vasca.

Así, lo único que podría aproximarse es, en el derecho común, el artículo 1406-4 CC que recoge un derecho de adjudicación preferente en favor del cónyuge supérstite, al poder incluir la vivienda habitual en su haber al hacer la liquidación de gananciales, pudiendo si así lo desea, expresar su deseo de que ésta le sea atribuida en propiedad o como derecho real de uso o habitación (art. 1407 CC). Es decir que, en este caso, el derecho que va a ostentar el viudo sobre la vivienda familiar –ya sea propiedad, uso o habitación– queda a merced de su voluntad. En los demás derechos forales, aun cuando se prevea ese derecho a incluir con preferencia en el lote del cónyuge supérstite la residencia habitual, no hay opción sobre el derecho a ostentar sobre ella (art. 267.2.g) CDFA). O en el derecho catalán, cuando se contempla en el artículo 231-31 CCCat el denominado derecho al año de viudedad o «any de plor», en favor del cónyuge viudo. Se articula como un derecho personalísimo, cuyo origen no es propiamente sucesorio, que atribuye al cónyuge supérstite no separado judicialmente o de hecho y que no sea usufructuario universal del premuerto, el derecho a continuar usando la vivienda conyugal durante el año siguiente al fallecimiento de su pareja (el artículo 234-14 CCat extiende este derecho a las parejas de hecho cuando muere uno de los convivientes). Pero no se articula como un derecho real a su favor. Entre otras, la sentencia del TSJCat de 8 de junio de 1993, calificó este derecho como «un beneficio viudal de urgencia y de una duración limitada, para que durante el primer año de viudedad el consorte superviviente pueda vivir en consonancia con su posición social y la cuantía del patrimonio del consorte premuerto». Así pues, en este caso tampoco se trata de un derecho real de habitación.

### 3.5 Conclusión

El derecho de habitación en las distintas modalidades forales analizadas, al tener el doble carácter de vitalicio (salvo si se establecen por tiempo determinado o se configuran con carácter alimenticio)<sup>(83)</sup> y gratuito<sup>(84)</sup> –sin perjuicio de la atribución de gastos y reparaciones–, condiciona el

---

(83) Cuando el derecho de habitación es de carácter alimenticio, su existencia y extensión viene determinada por la situación de necesidad del titular, de modo que se extinguen cuando desaparece tal situación de necesidad del titular. BOSCH CAPDEVILA, 2023, p. 419.

(84) Si bien la gratuidad forma parte del modo en que tradicionalmente se presenta este derecho, llama la atención que, en Cataluña, algún autor hace referencia a que la constitución de este derecho, cuando es voluntario, puede obedecer a un negocio jurídico *oneroso* o gratuito (SOLÉ RESINA, 2022, p. 470), aunque no se incide más en este aspecto, ni en sus repercusiones.

papel que puede jugar a la hora de solucionar problemas habitacionales, haciendo que éste sea muy reducido y circunscrito a realidades familiares o cuasi-familiares que es el papel que tradicionalmente viene desempeñando.

No obstante, podría ampliarse su alcance, como herramienta en manos de entidades sin ánimo de lucro o de las Administraciones Públicas, a la hora de desarrollar políticas de amparo de colectivos vulnerables. Ello, evidentemente, requeriría de establecer unos requisitos de entrada, como pueden ser que el derecho se estableciera con carácter alimenticio, vinculando su extensión temporal a la necesidad; y que la posibilidad de arrendamiento total o parcial de la vivienda quedaran excluidos en estos casos, en aquellos derechos que lo permiten, como son el catalán y el navarro. A lo que habría de unirse un presupuesto básico que es el que mayores dificultades presenta: contar con un parque de vivienda disponible para este fin.

#### 4. OTRAS FIGURAS

Fuera del ámbito propiamente foral, en estos territorios, lo mismo que en los de derecho común, existe una amplia normativa sectorial autonómica con la que se busca regular de modo específico el acceso a la vivienda y dar respuesta a los distintos problemas que, con relación a ese acceso, se dan en la actualidad. Así encontramos regulaciones que hacen referencia a la vivienda desocupada o subutilizada<sup>(85)</sup>, medidas relativas a vivienda protegida o alquiler social<sup>(86)</sup>, planes de vivienda donde se contemplan «medidas urgentes» de todo tipo<sup>(87)</sup>, o planes en los que se dan

---

(85) Artículo 5.2) de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del Derecho a la Vivienda que prevé un régimen específico para la vivienda desocupada (modificado por la Ley 1/2022, de 3 de marzo, para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda); el artículo 12 del Decreto-ley 3/2015, de 15 de diciembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda, en el que se trata de la cesión y uso de las viviendas desocupadas; o el artículo 98 de la Ley 8/2012, de 29 de junio, de Vivienda de Galicia, en el que se aborda un régimen específico para la vivienda desocupada.

(86) Decreto-ley 50/2020, de Cataluña, 9 de diciembre, de medidas urgentes para estimular la promoción de vivienda con protección oficial y de nuevas modalidades de alojamiento en régimen de alquiler; o la Ley Foral 28/2022, de 11 de octubre, por la que se determinan los módulos aplicables a las actuaciones protegibles en materia de vivienda en Navarra para el año 2023 (en la que se señala el precio máximo a las viviendas protegidas).

(87) El Decreto-ley catalán 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda; Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra (modifica la Ley foral 10/2010, del Derecho a la vivienda en Navarra); o el Decreto ley 3/2020, de las Illes Balears de medidas urgentes en materia de vivienda.



cabida a medidas novedosas como alojamientos temporales, *cohousing*, viviendas intergeneracionales<sup>(88)</sup>, etc.

No es este el lugar para entrar en el estudio de estas figuras, alguna de las cuales ya se trata en otra parte de este Tratado, únicamente, haré referencia al «alokairu» como una de esas novedosas y creativas fórmulas que abren nuevas posibilidades de actuación en aras a contar con más vivienda en el mercado. Esta figura, regulada en la Orden del País Vasco de 7 de diciembre 2021, de Actuaciones de fomento al alquiler y otras formas de uso de las viviendas y edificios residenciales, en su Capítulo V regula el programa de colaboración público-privada «alokairu» para fomentar un parque alternativo de vivienda de promoción y titularidad privada cedida para alquiler protegido a largo plazo (arts. 19 y 20). Consiste esta figura en que inversores institucionales que invierten en el sector inmobiliario (como fondos de pensiones, entidades de previsión social, compañías de seguros, sociedades de inversión inmobiliaria, sociedades cotizadas de inversión inmobiliaria o cualquier otro) cedan por un tiempo un inmueble del que tengan la titularidad, poniéndolo a disposición del departamento de vivienda y agenda urbana del Gobierno Vasco, que le asigna una renta o canon mensual garantizado por el periodo de duración de la cesión, con previsión, en su caso, de opción de compra a largo plazo. El Gobierno Vasco será quien se encargue de llevar a cabo sobre el inmueble las obras de rehabilitación, mantenimiento y los sucesivos acondicionamientos que sean necesarios para su arrendamiento operativo a lo largo del plazo de cesión que se prevé que pueda ser de entre 7 a 75 años.

Este sistema presenta una serie de ventajas nada desdeñables en estos tiempos pues, por un lado, facilita que viviendas vacías («viviendas o edificios completos») de titularidad privada entren en el mercado del arrendamiento de vivienda; por otro, al ser el Gobierno quien fija el precio del alquiler, se consigue tener vivienda asequible para los arrendatarios; además, los titulares de esas viviendas –en principio esta norma parece dirigirse a personas jurídicas que pueden ser calificadas de «grandes tenedores de vivienda»– gozan de la garantía que supone la «intermediación» del poder público (el Gobierno Vasco en este caso) en cuanto a que es éste quien se encarga de llevar a cabo todas las obras de acondicionamiento y mantenimiento que requiera el inmueble, así como, si se da el

---

(88) Decreto 73/2023, de 17 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueban el Plan de Vivienda 2022-2025, cuyo Capítulo VIII contiene el «Programa de fomento de alojamientos temporales, de modelos *cohousing*, de viviendas intergeneracionales y modalidades similares» (arts. 43-46); o la Orden del País Vasco de 7 de diciembre 2021, de Actuaciones de fomento al alquiler y otras formas de uso de las viviendas y edificios residenciales, en su capítulo VII regula la movilización de viviendas privadas para su destino a alquiler protegido en medios rurales y medidas contra la despoblación, y en su capítulo VIII, fórmulas alternativas de acceso a la vivienda, como el *cohousing*.

caso, reparación y rehabilitación, garantizándose que el bien no se va a depreciar; así como la previsión de la norma sobre la constitución de un Fondo de Mantenimiento y Rehabilitación del inmueble, y una póliza multiriesgo que permitan cubrir los riesgos inherentes a la titularidad de las viviendas.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ABARZUZA GIL, M. A., «Las donaciones propter nupcias. Del acogimiento a la casa y las dotaciones. La dote», *Derecho civil navarro* (Galve Sauras, J., dir.). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2018, 1.<sup>a</sup> ed., pp. 547-566. Y 2020, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 548-571.
- ARREGUI GIL, J., «De la disolución de las comunidades familiares», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo García y Díaz Alabart (Dirs.), Tomo XXXVI, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1995, pp. 525-546.
- «De la habitación, uso y otros derechos similares», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo García y Díaz Alabart (Dirs.), Tomo XXXVIII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 2002, pp. 353-267.
- BAYOD LÓPEZ, M. C., «Comentario al artículo 201», *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia*, Delgado Echeverría (Dir.), Dykinson S. L, Madrid, 2015, pp. 349-350.
- BELLO JANEIRO, D., «La compañía familiar gallega», *Revista de derecho agrario y alimentario*, Año núm. 25, núm. 54, 2009, pp. 31-41.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Familia de hecho», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 1998, Vol. III, Tribuna.
- BOSCH CAPDEVILA, E., «El derecho de uso y el derecho de habitación», *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*, Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy y Bosch Capdevila, Marcial Pons, 2023, pp. 419-432.
- CAMPOY TRAGINÉ, R., «El estatge: un derecho de habitación esencialmente parcial», *Derechos civiles de España*, Julián Martínez-Simancas Sánchez, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coords.), Vol. 8, 2000, pp. 4799-4808.
- CARPI MARTÍN, R., «Familia por pacto. Relaciones convivenciales de ayuda mutua en Cataluña, tras casi veinte años en vigor: luces y sombras», *La voluntad privada en las relaciones jurídico-familiares*, Sanciñena Asurmendi (Coord.), 2018, pp. 179-192.
- CERDÁ GIMENO, J., «Comentario al artículo 85 de la Compilación de Baleares», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo García y Díaz Alabart (Dirs.), Tomo XXXI, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1981, pp. 538-552.
- DE PABLO CONTRERAS, P., «La casa en derecho navarro: una aproximación jurídica», *Estudios de derecho civil: en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. 1, 1992, pp. 663-678.
- DÍAZ BRITO, F. J., «De la habitación, uso y otros derechos similares (leyes 423 a 426)», *Comentarios al Fuero Nuevo: compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Enrique Rubio Torrano (dir.), 2002, pp. 1400-1417.



- DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Título IX. Comunidades de ayuda mutua (leyes 117 a 119)», *Comentarios al Fuero Nuevo: compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Enrique Rubio Torrano y María Luisa Arcos Vieira (dirs.), 2020, pp. 518-531.
- ELIZARI URTASUN, L., «De la habitación, uso y otros derechos similares (leyes 423 a 426)», *Comentarios al Fuero Nuevo: compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Enrique Rubio Torrano y María Luisa Arcos Vieira (dirs.), 2020, pp. 1792-1810.
- FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J., «El derecho de habitación del viudo en la ley de Derecho Civil Vasco», *JADO, Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, año XIV, núm. 27, enero-diciembre 2015-16, pp. 475-498.
- GALICIA AIZPURÚA, G., *Manual de Derecho Civil Vasco*, Barcelona, 2016.
- GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a la ley 48 FN», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo García y Díaz Alabart (Dirs.), Tomo XXXVI, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1990, pp. 90-109.
- GÓMEZ SORIANO, M., «Relaciones convivenciales de ayuda mutua en el Fuero Nuevo navarro», *Diario La Ley*, núm. 10094, 2022, versión *on line*.
- IZQUIERDO GRAU, G., «El pacto de “convinença” o “mitja guanyeria”. Era mieja guanyeria», *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 19, 2018, pp. 11-33.
- LACRUZ BERDEJO, L., y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de Familia*, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1975.
- LLEDÓ YAGÜE, F., «Comentario al artículo 54», *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco*, Urrutia Badiola, Lledó Yagüe y Monje Balmaseda (dirs.), Dykinson, 2020, pp. 498-500.
- MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario a los artículos 33 a 35 de la Compilación de Derecho Civil Aragonés», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo García y Díaz Alabart (Dirs.), Tomo XXXIII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1986, pp. 335-377.
- MIR DE LA FUENTE, T., «Comentario al artículo 54 de la Compilación de Baleares», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo García y Díaz Alabart (Dirs.), Tomo XXXI, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1980, pp. 849-856.
- MONEDERO RIBAS, M., *Otras fórmulas de convivencia en el Código civil de Cataluña*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- MONSERRAT QUINTANA, A., «El derecho de estatge», *Lecciones de derecho civil balear*, María Pilar Ferrer Vanrell (coord.), 2004, pp. 141-143.
- NAGORE YARNOZ, J., «Del acogimiento a la casa y de las dotaciones», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo García y Díaz Alabart (Dirs.), Tomo XXXVI, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1995, pp. 546-567.
- PÉREZ GARCÍA, M. J., «El derecho de acogimiento a la casa y su oponibilidad a los terceros adquirientes» (comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 28 de noviembre de 2000)», en *Anuario de derecho civil*, Vol. 54, núm. 4, 2001, pp. 1723-1740.
- PUIG BLANES, F. P., y SOSPEDRA NAVAS, F. J. (Coords.), «Las relaciones convivenciales de ayuda mutua», *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo I, 3.º ed., Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 605-616.



- PUIG FERRIOL, L., «Heredamientos a favor de los contrayentes», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo García (Dir.), Tomo XXVII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1978, pp. 139-188.
- RENTERÍA AROCENA, A., «Comentario a la ley 131 FN», *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Rubio Torrano (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 392-394.
- SABATER BAYLE, E., «La casa navarra (a propósito de las Leyes 48 y 75 del Fuero Nuevo de Navarra)», *Iura vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, núm. 10, 2013, pp. 635-658.
- SANTAMARÍA ANSA, J., «Derecho de Familia», *Curso de Derecho foral navarro*, Vol. I (Derecho Privado), Pamplona, 1958.
- SOLÉ RESINA, J., «Los derechos de uso y habitación», *Derechos reales de Cataluña*, Gete Alonso y Calera y Solé Resina (Coords.), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 469-476.
- URRUTIA BADIOLA, A. M., *La ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco, Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, Dykinson, 2016.

## VII

### FINANCIACIÓN PARA LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA HABITUAL, CRÉDITO INMOBILIARIO Y CRÉDITO HIPOTECARIO



## A. VIVIENDA HABITUAL Y CRÉDITO HIPOTECARIO

### A.1 Particularidades del crédito hipotecario para vivienda habitual. Panorama general \*

**Fernando Gomá Lanzón**

*Notario de Madrid*

*Fundación Hay Derecho*

**Resumen:** *Se analizan las especialidades legales que conlleva el hecho de que constituya la vivienda habitual el objeto de la garantía hipotecaria, sea para garantizar un préstamo o crédito destinado a adquirir esta vivienda –supuesto más habitual–, sea para otras finalidades, con exposición sencilla y clara, que con poco esfuerzo permita al lector contemplar el panorama. No son objeto de este trabajo las normas especiales que no solamente son de aplicación a la vivienda habitual, sino a más inmuebles.*

**Palabras clave:** *vivienda habitua;; hipoteca inversa; concurso de acreedores carácter de vivienda habitual; constitución y ejecución de hipoteca.*

---

\* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR). Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00).



**Abstract:** *The legal specialties that entails the fact that the habitual residence constitutes the object of the mortgage guarantee are analyzed, either to guarantee a loan or credit destined to acquire this residence –the most habitual supposition–, or for other purposes, with simple and clear exposition, that with little effort allows the reader to contemplate the panorama. The special rules that apply, not only to the habitual residence, but to other properties, are not the object of this work.*

**Keywords:** *Principal residence; reverse mortgage; insolvency proceedings; character of principal residence; constitution and foreclosure of mortgage.*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. ¿Cuándo una vivienda tiene el carácter de habitual? 3. ¿A quién corresponde determinar el carácter de vivienda habitual en una ejecución hipotecaria? 4. Vivienda habitual y constitución y ejecución de hipoteca. 5. La vivienda habitual y el concurso de acreedores. 6. La hipoteca inversa.

## 1. INTRODUCCIÓN

Como ya anuncia su título, se trata de ofrecer una visión general sobre ciertas particularidades. En concreto, sobre las que provoca en la legislación hipotecaria el hecho de que el bien hipotecado constituya la vivienda habitual de los que la gravan.

Un panorama general es aquel que permite contemplar, estudiar o exponer una cuestión en su conjunto. Es decir, sin entrar en demasiados detalles, lo cual es muy apropiado en este caso, porque esos detalles y la profundización específica corresponden a los trabajos que siguen a éste. Hay un cierto peligro en este tipo de panoramas, y es que, por ser meramente introductorios a otros trabajos que van a continuación, acaben siendo ignorados, puesto que el interesado en cada tema tendrá la tendencia de acudir directamente al trabajo específico. Dado que la primera intención de cualquier autor es que se lea lo que escribe, he optado por ofrecer una exposición sencilla y clara, que con poco esfuerzo permita al lector hacerse con la idea general.

Preciso que vamos a analizar las especialidades legales que conlleva el hecho de que constituya la vivienda habitual el objeto de la garantía hipotecaria, sea para garantizar un préstamo o crédito destinado a adquirir esta vivienda –supuesto más habitual–, sea para otras finalidades. Y, adicionalmente, que la vivienda habitual está, desde luego afectada

por muchas otras normas especiales, pero que no solamente son de aplicación a la misma, sino a más inmuebles, por lo que no son objeto de este trabajo. Este comentario es especialmente relevante en relación con el régimen de transparencia material implantado por la ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que incluye entre otras medidas un acta notarial previa al otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario, y que ha tenido en mi opinión unos resultados satisfactorios. Pero que no contiene medidas específicas para la vivienda habitual, salvo su voluntarista artículo 45, que dice: *Obligaciones tuitivas y disuasorias de las administraciones públicas.*

*Las Administraciones Públicas velarán en todo momento por la correcta aplicación de la legislación en materia inmobiliaria e hipotecaria, especialmente en lo concerniente a las operaciones inmobiliarias sobre vivienda habitual o en las que sean partícipes los consumidores, adoptando las medidas de disuasión y sanción previstas en la Ley para evitar actuaciones irregulares por parte de intermediarios de crédito inmobiliario, sus representantes designados, sociedades tasadoras y los prestamistas inmobiliarios.*

La hipoteca sobre vivienda habitual no está tratada por el legislador por medio de una sola norma o varias conectada de una manera coherente, sino de manera muy fragmentada, en normas legales y reglamentarias. Las normas fundamentales que la tratan, son:

- Código Civil.
- Ley Hipotecaria.
- Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.
- Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.
- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.
- Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.
- Real Decreto-ley 1/2024, de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables.



## 2. ¿CUÁNDO UNA VIVIENDA TIENE EL CARÁCTER DE HABITUAL?

Aspecto éste importante, porque no hay una norma, más allá de las fiscales, en la que se ofrezcan reglas claras para determinar en un momento dado ese carácter. Y ello tiene relevancia ser preciso en la determinación porque el legislador, con toda lógica, despliega una serie de medidas de protección a esta vivienda, que no son aplicables a otra.

Desde el punto de vista fiscal, vivienda habitual es la edificación que cumpla los siguientes requisitos:

1. Que constituya la residencia del contribuyente durante un plazo continuado de al menos tres años.

No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo el carácter de habitual cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, tales como celebración de matrimonio o separación matrimonial; traslado laboral; obtención de primer empleo o cambio de empleo u otras análogas justificadas. Se entenderá igualmente como circunstancia que necesariamente exige el cambio de vivienda el hecho de que la anterior resulte inadecuada como consecuencia de la discapacidad del propio contribuyente o de su cónyuge o un pariente, hasta el tercer grado inclusive, que conviva con él o ella.

2. Que el contribuyente la habite de manera efectiva y con carácter permanente, en un plazo no superior a doce meses contados desde la fecha de adquisición o de terminación de las obras.

No obstante, se entenderá que la vivienda adquirida no pierde el carácter de habitual cuando se produzcan las circunstancias señaladas anteriormente y cuando el contribuyente disfrute de vivienda habitual por razón de cargo o empleo y la vivienda adquirida no sea objeto de utilización. En este supuesto, el plazo de doce meses comenzará a contarse a partir de la fecha del cese en el correspondiente cargo o empleo.

Una resolución de la anteriormente denominada DGRN (ahora DGS-JyFP) de fecha 9 de octubre de 2018, nos ofrece unas interesantes indicaciones al respecto:

– El matrimonio implica una comunidad de vida que lleva consigo una «comunidad de vivienda», aunque, a veces, por razones profesionales, laborales, médicas, de atención a familiares u otras análogas, esa comunidad de vida no implica una comunidad de vivienda. Por tanto, la comunidad de vida no supone la existencia de una comunidad conyugal de vivienda en una misma casa.



– En el supuesto de que la comunidad de vida suponga también una comunidad de vivienda, se exige un acuerdo entre cónyuges (art 70 c.c.) y, una vez fijada ésta, la ley protege la vivienda habitual familiar, de acuerdo con el artículo 1320 c.c. Dicha protección de esta vivienda se articula mediante el consentimiento de ambos esposos, tanto del que es titular de la misma o del derecho sobre ella, como del otro cónyuge, pero nunca el de los hijos que puedan vivir en la vivienda, siendo indiferente cuál de los cónyuges es el propietario o el titular del derecho sobre la vivienda, y la fecha en que la misma hubiera sido adquirida, bien antes o después del matrimonio y cualquiera que sea el régimen económico del mismo.

– La sentencia del TS 8 octubre 2010 señala que el artículo 1320 c.c., que exige el consentimiento del cónyuge no propietario para disponer de derechos sobre la vivienda habitual –o la subsidiaria autorización judicial– es una norma de protección a la vivienda familiar, protegiendo a un cónyuge contra las iniciativas unilaterales del otro. En el fondo de este artículo se encuentra el principio de igualdad, que se proyecta en el consenso para la elección de la vivienda y en el control de ambos cónyuges para su conservación.

– Además dicho consentimiento se exige para los actos dispositivos que afecten a la «vivienda habitual», empleando la ley este adjetivo, así como el adverbio «habitualmente» (arts. 9,10, 24,40, 1320, 1321, 1406, y 1955 c.c.). Habitual no equivale a permanente, pero denota un grado de continuación temporal, y se refiere a una vivienda en que una persona tenga su residencia, pero falta en ella el concepto de «vivienda habitual de la familia», ya que hay familias que tienen varias residencias, o que ocupan las viviendas alternativamente, o incluso supuestos en los que, que uno de los miembros de la pareja o ambos, pasan temporadas fuera del hogar familiar, bien por razones de trabajo, motivos de salud, o cabe incluso que una familia carezca de «vivienda familiar». La función normativa se encuentra en la necesidad de asegurar al otro cónyuge y a través de él, a la familia, el espacio propio de convivencia, frente a aquellos actos de disposición unilaterales que pudiera llevar a cabo el cónyuge propietario de la vivienda o titular de un derecho sobre ella, al que se impide cualquier actuación que pueda privar al consorte del uso compartido de este bien.

### 3. ¿A QUIÉN CORRESPONDE DETERMINAR EL CARÁCTER DE VIVIENDA HABITUAL EN UNA EJECUCIÓN HIPOTECARIA?

Será el Juzgado que conoce de la ejecución el que tenga en cada caso que determinarlo teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso.



No se prevé ningún procedimiento específico en la ley para tal calificación, en el momento en que debe sacarse a subasta el inmueble y exponer en el edicto las características del mismo de cara a la subasta, cuando las partes podrán realizar sus alegaciones al respecto.

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social añade un párrafo 3 al artículo 21 de la Ley Hipotecaria, que establece que en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución.

Esta misma presunción, salvo prueba en contrario, se aplica para el caso de que se pretenda la venta extrajudicial ante notario del bien hipotecado, al exigirlo así el artículo 129.2.b) de la Ley Hipotecaria, por lo que será el notario el que tendrá que hacer en su caso las comprobaciones pertinentes.

En este caso de la venta extrajudicial, la prueba en contrario a la manifestación en escritura de que la vivienda es la habitual se debe sustanciar en la propia sede notarial, puesto todo el procedimiento de venta se ejecuta ante notario, sin intervención judicial. Salvo acuerdo expreso entre las partes acreedora y deudora, manifestando que esa vivienda no es la habitual en el momento de la ejecución, el notario deberá asegurarse de la condición o no de habitual, y el instrumento jurídico más adecuado es el acta de notoriedad, contemplada en el artículo 209 del reglamento notarial, que como indica este precepto tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica, lo cual encaja perfectamente en este caso.

El notario deberá tener en cuenta las notas que hacen que una vivienda tenga el carácter de habitual, antes comentadas, y exigir y practicar las pruebas precisas hasta llegar a la conclusión que proceda.

#### 4. VIVIENDA HABITUAL Y CONSTITUCIÓN Y EJECUCIÓN DE HIPOTECA

La Ley hipotecaria solamente menciona la vivienda habitual en dos preceptos, los artículos 21 y 129, indicados en el apartado anterior, en relación con la necesidad de especificar si la vivienda que se hipoteca tiene o no el carácter de habitual. El Reglamento Hipotecario menciona otras



dos veces la vivienda habitual, pero en cuestiones que no tienen relación con la que estamos tratando (arts. 91 y 95).

Hay un supuesto frecuente, y es el de compra de una vivienda por parte de una persona casada, pero con el carácter de privativa, sea por el régimen matrimonial, por atribución consensuada con ese carácter o confesión de privaticidad, y que se declara que va a constituir –en el futuro, no en el momento de la declaración puesto que es cuando se adquiere– la vivienda habitual.

Se ha planteado si es un caso afectado por el artículo 1320 del Código Civil, y debería el cónyuge no propietario consentir la hipoteca, con el planteamiento de que este gravamen supone una posible enajenación futura de la vivienda.

La Resolución DGSJyFP de 26 de septiembre de 2022 reiterando doctrina anterior, aplica la teoría del negocio complejo, y declara que no es necesario este consentimiento: «este artículo 1.320 del Código Civil está pensado para aquellos supuestos de disposición, debiendo entenderse incluida la constitución de hipoteca, de la vivienda habitual perteneciente a uno solo de los cónyuges, pero no lo está para el supuesto de hipoteca en garantía de préstamo hipotecario que financia la adquisición de la misma vivienda hipotecada aun y cuando el destino final de la vivienda adquirida sea constituir el hogar familiar, porque ello implicaría una restricción de las facultades adquisitivas de los cónyuges, no permitida en nuestro Derecho, donde los cónyuges pueden adquirir toda clase de bienes aun cuando éstos estén gravados y aun cuando vayan a constituir el domicilio conyugal, sin contar con el consentimiento del otro cónyuge ni hacer manifestación alguna acerca de su destino final, y ello tanto si su régimen económico matrimonial es el de separación de bienes (art. 1.437 del Código Civil) como el de gananciales (cfr. artículo 1.370 del Código Civil y Resoluciones de este Centro Directivo de 16 de junio de 1993 y 4 de marzo de 1999)».

No obstante, en Cataluña sí es preciso este consentimiento por contemplarlo expresamente el artículo 569-31 del Código Civil catalán.

En materia de ejecución, hay que referirse a varios preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establecen reglas especiales. Como en todo este trabajo, nos referimos exclusivamente a preceptos que se refieren expresamente a la vivienda habitual no a otros, como por ejemplo el artículo 114 de la Ley Hipotecaria acerca de los intereses de demora que, siendo importante para la vivienda habitual, no está pensado exclusivamente para ella.

El artículo 575 LEC determina los importes por los que el Juzgado debe proceder a despachar la ejecución instada por el acreedor. En este sentido, deja claro la Ley que, además del importe adeudado, se ha de prever orientativamente una cantidad para costas e intereses (un 30 %)

que una vez satisfecho el principal de la deuda, será objeto de las oportunas tasación y liquidación. Ahora bien, en lo referente a las ejecuciones dirigidas sobre una vivienda habitual, las costas no podrán superar un 5 % (párrafo 1 bis).

El artículo 579 LEC permite al acreedor que ha ejecutado el bien y que sigue teniendo crédito pendiente de satisfacer, continuar la ejecución respecto al resto de bienes del deudor (otros inmuebles, salarios, vehículos, participaciones sociales, etc.). Sin embargo, en el caso de que el bien que se ha ejecutado –y que por tanto el deudor ha perdido– sea la vivienda habitual, el legislador ha creído oportuno establecer toda una serie de limitaciones que, en la práctica, actúan de elementos disuasorios para el ejecutante.

Por el artículo 671, se confiere al acreedor ejecutante un plazo de veinte días hábiles para solicitar la adjudicación del inmueble, por importe equivalente al 50 % del valor de tasación que figura en la escritura de préstamo, o por la cantidad a la que ascienda la deuda. Ahora bien, en el caso de que dicho inmueble constituya la vivienda habitual del deudor, el acreedor deberá pedir la adjudicación por el 70 % (un 20 % más), o, si la cantidad adeudada es inferior a ese porcentaje, podrá pedirla por el 60 %.

Finalmente, la posibilidad que tiene siempre el deudor, como un derecho reconocido por el artículo 693.3 LEC, de liberar el bien antes de la subasta, sin consentimiento del acreedor, mediante la consignación de las cantidades adeudadas.

En materia de ejecución, es obligado asimismo referirse a la medida de suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de deudores hipotecarios especialmente vulnerables prevista en la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

Mediante el Real Decreto Ley 1/2024 de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables, que ha entrado en vigor el 15 de mayo de 2024, se ha extendido hasta mayo de 2028 dicha moratoria prevista en la Ley 1/2013.

Esta medida, de carácter excepcional y temporal de protección de deudores hipotecarios en situación de especial vulnerabilidad, ha venido prorrogándose y, en ocasiones, ampliándose en cuanto a su ámbito de aplicación, en virtud de sucesivas normas.

En la actualidad, la medida afecta a cualquier proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria, en el que el acreedor o cualquier otra persona física o jurídica, se hubiera adjudicado la vivienda habitual de personas en dichos supuestos de vulnerabilidad y que cumplan con los requisitos económicos que se exigen en la Ley 1/20213.





En consecuencia, en todos los supuestos de adjudicación de vivienda habitual de deudores amparados por la Ley 1/2013, no será posible proceder al lanzamiento mientras esté en vigor la moratoria. Solo una vez que se alce la suspensión será posible proceder al lanzamiento conforme a lo dispuesto en los artículos 675 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

También queremos hacer mención al Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, el cual creó el denominado Código de Buenas Prácticas al que voluntariamente pueden adherirse las entidades de crédito y demás entidades que, de manera profesional, realizan la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios. Y que literalmente se crea para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

El Código incluye tres fases de actuación. La primera, dirigida a procurar la reestructuración viable de la deuda hipotecaria, a través de la aplicación a los préstamos o créditos de una carencia en la amortización de capital y una reducción del tipo de interés durante cinco años y la ampliación del plazo total de amortización.

En segundo lugar, de no resultar suficiente la reestructuración anterior, las entidades podrán, en su caso, y con carácter potestativo, ofrecer a los deudores una quita sobre el conjunto de su deuda.

Y, finalmente, si ninguna de las dos medidas anteriores logra reducir el esfuerzo hipotecario de los deudores a límites asumibles para su viabilidad financiera, estos podrán solicitar, y las entidades deberán aceptar, la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda. En este último supuesto, las familias podrán permanecer en su vivienda durante de un plazo de dos años satisfaciendo una renta asumible.

Según se ha hecho constar en notas de prensa oficiales y noticias en los medios de comunicación, la práctica totalidad de las entidades financieras, y desde luego todas las más importantes, se han adherido a la aplicación de este código.

## 5. LA VIVIENDA HABITUAL Y EL CONCURSO DE ACREEDORES

La ejecución de la vivienda habitual plantea particularidades de régimen cuando el titular se encuentra en concurso de acreedores. La complejidad y los problemas variados de interpretación que plantea esta cuestión no se pueden exagerar, y serán tratados en el apartado correspondiente por doña Matilde Cuenca Casas.



Como dice la catedrática Cuenca Casas, punto fundamental es la embargabilidad de la vivienda habitual y sus consecuencias económicas, suscitándose problemas cuando el concursado está casado, ya que es necesario cohonestar la normativa concursal con la de los regímenes económico-matrimoniales lo que en ocasiones va a generar disfunciones. El aspecto más complejo es la nueva regulación de la exoneración del pasivo insatisfecho, fruto de la reforma concursal operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre que va a permitir –al menos nominalmente, que la vivienda no sea ejecutada. Cuando la vivienda está hipotecada y pertenece a ambos cónyuges o miembros de pareja de hecho y solo uno de ellos se declara en concurso se suscitan importantes dificultades interpretativas de la regulación vigente.

En todo caso, seguimos con la regla de claridad, que supone exponer aquellos preceptos que directamente se refieran a la vivienda habitual, por más que otros puedan afectarla, pero como consecuencia de incluir no solamente la vivienda habitual, sino otros bienes:

Así, en la Ley Concursal hay solamente cuatro preceptos que mencionan expresamente la vivienda habitual:

El artículo 125.3: El cónyuge del concursado tendrá derecho a que la vivienda habitual del matrimonio que tuviere carácter ganancial o común se le incluya con preferencia en su haber hasta donde este alcance. Si excediera solo procederá la adjudicación si abonara al contado el exceso.

Artículo 194.3: el valor de la vivienda habitual del matrimonio será el mayor entre el valor de tasación que tuviera establecido o el de mercado.

Artículo. 497.2: La duración del plan de pagos será de cinco años, y no tres, cuando no se realice la vivienda habitual del deudor y, cuando corresponda, de su familia.

Y artículo 498 bis 1.2.º, sobre impugnación por acreedores de la exoneración del pasivo, cuando el plan de pagos no incluya la realización y aplicación al pago de la deuda exonerable, de la deuda no exonerable o de las nuevas obligaciones del deudor de la totalidad de los activos que no resulten necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor o de su vivienda habitual.

## 6. LA HIPOTECA INVERSA

El preámbulo de la ley 47/2007 defina la hipoteca inversa como un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, normalmente periódicas, aunque la disposición pueda ser



de una sola vez, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses. La recuperación por parte de la entidad del crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario, mediante la cancelación de la deuda por los herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad de crédito.

Aunque el preámbulo no lo dice expresamente, es un instrumento pensado especialmente para recaer sobre la vivienda habitual, así lo deja clara su regulación, contenida de la disposición adicional primera de la ley. Está especialmente regulada la hipoteca inversa sobre la vivienda habitual en los puntos 1 al 9 de esta disposición adicional; pueden constituirse sobre otro tipo de inmuebles, pero entonces no se les aplicará la regulación de esos 9 primeros puntos.

Sin pretender ofrecer una crítica general a la institución de la hipoteca inversa, que se estudiará en el apartado correspondiente, sin embargo sí me parece procedente ofrecer mi opinión personal acerca de por qué en la práctica no ha sido un producto de financiación que haya tenido una aceptación generalizada.

Si tomamos el caso más frecuente, que es el de personas propietarias de inmuebles que tengan hijos o descendientes en general, la hipoteca inversa tiene, desde el punto de vista vital y cultural, algo de «inverso» en el sentido natural de las cosas. Y me explico. Los padres, desde que nacen los hijos, están preocupados por su bienestar, hacen de su cuidado una de las razones principales de su vida, y en general, la generosidad preside todos sus actos a lo largo de la vida de sus hijos.

Cuando se llega a la madurez, la ayuda que se puede prestar a los hijos es menor, y habitualmente se necesitan más cuidados, pero siempre flota la idea de no ser una carga para los hijos, ni en vida, ni tras el fallecimiento.

La hipoteca inversa en realidad supone, de manera absolutamente legítima, que los padres acaban dejando una carga a los hijos, en vez de una herencia. Y siendo algo que desde el punto de vista meramente racional podría tener todo el sentido, emocionalmente, y ya digo que es mi opinión personal, en muchas ocasiones se sentirá por parte de los padres como un incumplimiento de un deber moral, como hacer algo inverso a lo que se ha estado haciendo toda la vida. Con una hipoteca inversa, los propietarios están disminuyendo el valor de su patrimonio con el tiempo, ya que el importe prestado más los intereses (que suelen ser superiores a los habituales del mercado para las viviendas) se acumulan contra el valor de la vivienda.

Si los herederos desean conservar la propiedad, deberán liquidar la deuda acumulada, lo que puede ser una carga considerable. Si no pueden pagarla, la casa será vendida para cubrir la deuda. Todo eso supone casi lo contrario del afán habitual de los padres, que es dejar si es posible algún patrimonio, al morir, para sus descendientes.

Por esta circunstancia, es un producto que sin haber tenido un gran éxito en general, ha sido más frecuente en personas que carecen de descendientes.

Por razones que desconozco –en el sentido de que con comparto– la hipoteca inversa está excluida de las obligaciones de transparencia que establece la ley de Crédito Inmobiliario de 2016, puesto que las excluye expresamente en el artículo 2.4.f. Los cierto es que no hubiera sobrado en absoluto aplicar las disposiciones de la ley a las hipoteca inversa como entre otras las del acta notarial de transparencia prevista en el artículo 15.2, y que tan buen resultado ha dado en la clarificación de las cláusulas hipotecarias para los deudores.

Por esa circunstancia, en ocasiones las entidades concedentes de esta modalidad de hipoteca hacen que el prestatario acuda al notario para formalizar un acta de transparencia con un contenido similar al previsto en la ley de 2019, a la que se incorporan documentos de información contractual y de perfil psicológico, entre otros. No es completamente asimilable al mecanismo previsto por la Ley de Crédito Inmobiliario, puesto que no es obligatoria ni gratuita, y como es voluntaria, en teoría podría formalizarse el mismo día del otorgamiento del préstamo e hipoteca inversa; y tampoco hay un plazo de 10 días desde que se recibe la documentación durante el cual esta prohibido otorgar la escritura de préstamo hipotecario.

## A. VIVIENDA HABITUAL Y CRÉDITO HIPOTECARIO

### A.2 Pluralidad de fuentes de regulación de los créditos hipotecarios e inmobiliarios: delimitación \*

**Helena Díez García**

*Catedrática de Derecho Civil. Universidad de León*

*hdieg@unileon.es*

**Resumen:** *En este capítulo se analizan las distintas normas que concurren a la regulación de los contratos de préstamo o crédito hipotecario o de los contratos inmobiliarios a fin de delimitar su respectiva órbita de influencia. En particular, se dedica una especial atención a estudiar el confuso ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.*

**Palabras clave:** *Contratos de préstamo hipotecario; contratos inmobiliarios; regulación.*

---

\* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR). Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00).

**Abstract:** *This chapter analyzes the different rules that concur in the regulation of mortgage loan or credit agreements or real estate contracts to delimit their respective scope of application. Special attention is devoted to studying the confusing scope of application of 5/2019 Act, of March 15, 2009, regulating real estate credit agreements.*

**Keywords:** *Mortgage loan agreements; real estate contracts; regulation.*

**Sumario:** 1. La inflación legislativa en el ámbito de los créditos hipotecarios e inmobiliarios. 2. Regulación aplicable a la contratación de préstamos o créditos hipotecarios con consumidores. 2.1 La aplicación del TRLGDCU como derecho común: presupuestos. 2.1.1 La aplicación del TRLGDCU en relación con el control de transparencia y el de abusividad de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente. 2.1.2 Los conceptos de empresario y consumidor. 2.2 Normativa especial aplicable. 2.2.1 Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. 2.2.2 Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. 2.2.3 Contratos de crédito inmobiliario con consumidores afectos a la LCCI. 3. Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario: ámbito de aplicación. 3.1 Ámbito temporal de aplicación. 3.2 Ámbito subjetivo de aplicación. 3.3 Ámbito objetivo de aplicación. 3.3.1 Contratos de préstamo hipotecario sobre inmuebles de uso residencial. 3.3.2 Contratos de préstamo cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad de inmuebles construidos o por construir. 3.3.3 Contratos de intermediación. 3.3.4 Contratos de préstamo hipotecario o con finalidad inmobiliaria excluidos del ámbito de aplicación de la LCCI. 3.4 Normativa de desarrollo de la LCCI. 3.5 Legislación autonómica y LCCI. 4. Bibliografía.

## 1. LA INFLACIÓN LEGISLATIVA EN EL ÁMBITO DE LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS E INMOBILIARIOS

Tras la crisis hipotecaria de 2008 se asistió a una proliferación de normas que trataron de prevenir una futura y eventual expansión crediticia hasta límites no sostenibles y, que, por tanto, apostaron por un endeudamiento o por una concesión de crédito responsable.

En particular, estas normas pretendían regular o corregir los déficits observados en una correcta formación de la voluntad contractual. Por razones fundamentalmente económicas y no tanto de justicia material, se aspiraba a nivelar formalmente la posición de las partes negociadoras en

la fase precontractual y a corregir cualquier asimetría, particularmente, informativa de la que pudieran adolecer y que como externalidad indeseada resultaba necesaria eliminar para así asegurar un funcionamiento eficiente del mercado. Al tiempo, y a nadie se le puede ocultar, con esta saturación regulatoria se pretendía igualmente excluir las vías de impugnación del negocio que pudieran fundarse en supuestos déficits informativos. Asimismo, se introdujeron medidas que pretendían asegurar una correcta evaluación de los riesgos que las partes asumen al concertar el contrato eliminando incentivos perversos que pudieran incidir en una incorrecta valoración de estos riesgos.

Fue, así, apareciendo un conjunto un tanto heterogéneo de normas, tales como, por ejemplo, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; el artículo 29.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que, con el fin de asegurar la concesión de un crédito responsable, impone a las entidades de crédito el deber de evaluar la solvencia del prestatario; la misma Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que obliga a los concedentes de crédito a adoptar prácticas precontractuales responsables y a mejorar la información precontractual que han de suministrar; el artículo 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que impone a las entidades de crédito<sup>(1)</sup> unos específicos deberes de información y de transparencia o la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios –desarrollada por la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos–.

Es también en este contexto donde cabe situar a la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, tal y como así cabe deducir de sus considerandos y, en particular, de lo dispuesto en sus artículos 7 a 17, 22, 23, 27 y 28<sup>(2)</sup>; Directiva que luego sería transpuesta a nuestro Ordenamiento interno a través de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

---

(1) Téngase en cuenta que su disposición adicional 4.<sup>a</sup> extiende la supervisión administrativa prevista en dicha ley a personas físicas o jurídicas que, sin estar inscritas en algunos de los registros administrativos legalmente previstos para entidades de carácter financiero, ofrezcan al público la realización de operaciones financieras de activo o de pasivo o la prestación de servicios financieros.

(2). Especialmente, *vid.* los considerandos 3.º y 4.º de la Directiva.

De otra parte y, paralelamente, el legislador, para paliar los estragos del estallido de la burbuja inmobiliaria, se vio obligado a atender la situación de aquellos que se habían visto atrapados por la vorágine crediticia a través de medidas legislativas meramente paliativas (especialmente, *vid.* Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social o el artículo 28 de la Directiva 2014/17/UE)<sup>(3)</sup>.

El conjunto de este conglomerado de normas junto con la pervivencia y aplicabilidad de los textos legales que podríamos calificar como el Derecho común regulatorio del crédito o préstamo hipotecario, representado por el Código Civil o, en su caso, por el Código de Comercio, la Ley de Usura, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, hasta cierto punto, por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, obliga al operador jurídico a buscar, dentro de este acervo, la concreta regla jurídica que le permita atender un caso concreto; lo cual, en ocasiones, no resulta tarea sencilla, en atención a su distinto ámbito de aplicación<sup>(4)</sup>.

De este modo, el mero hecho de que el acreedor hipotecario sea o no un profesional; la circunstancia de que el hipotecante y/o el deudor sea o no un consumidor; que el objeto gravado constituya o no un inmueble de uso residencial o que el negocio se formalice a distancia, puede resultar determinante para una posible mutación del régimen jurídico a aplicar<sup>(5)</sup>.

---

(3) Téngase en cuenta que el Real Decreto-Ley 1/2024, de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables modificó el párrafo primero del artículo 1.1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, ampliando el plazo, hasta el año 15 de mayo de 2028, en el que no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a cualquier otra persona física o jurídica la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en el artículo 1 de la propia Ley 1/2013.

(4) Como así ya advertía la DGRN que evidenciaba en este punto la existencia de una «normativa descoordinada», así como una dispersión y una falta de coherencia legal en la delimitación del ámbito de las normas aplicables. *Vid.* así, RRDGRN 28 abril 2015(RJ 2015, 3300) y 10 febrero 2016 (RJ 2016, 2978).

(5) En esa línea, ya ORDÁS ALONSO, M. («La contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios en la Ley 2/2009, de 31 de marzo»; *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9, 2009 –BIB 2009/758–, p. 3), sostenía que, «si bien resulta encomiable la labor efectuada por los poderes públicos con la finalidad de proteger al consumidor de crédito, la multiplicidad de normas existentes en la materia (cada una con su rango jerárquico, cada una con un diferente ámbito de aplicación, etcétera) produce una gran confusión e inseguridad jurídica, puesto que resulta muy difícil averiguar cuál es la concreta regulación aplicable a un supuesto dado». Asimismo, *vid.* ORDÁS ALONSO, M., *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos (especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia)*; edit. Bosch, Barcelona, 2014, pp. 62-70. En esa misma línea, *vid.* BARRAL VINALS, I., «El cliente y el consumidor de servicios financieros de préstamo hipotecario» en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Dir. Lauroba Lacasa, E., y Tarabal Bosch, J.; edit. Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 474-487.



Así acontece, ciertamente, tal y como se expondrá, en la misma Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI), que, al transponer la Directiva 2014/17/UE, extiende el régimen jurídico previsto para los contratos de crédito o préstamo inmobiliario más allá de las meras relaciones jurídicos de consumo, pues su tutela alcanza a todas las personas físicas, sean o no consumidores, cuando concierten contratos de crédito garantizados mediante una hipoteca u otra garantía real similar que recaiga sobre un inmueble de uso residencial. Por el contrario, este mismo cuerpo legal, al tiempo, lo restringe a los consumidores respecto de los contratos de crédito inmobiliario. Por este motivo no deja de ser cuando menos curioso que las normas relativas a la transparencia material contenidas en la LCCI (arts. 14 y 15) resulten aplicables a prestatarios o garantes, personas físicas, que pueden no ser consumidores cuando, como es conocido, se ha venido considerando que el control de transparencia (material) resulta excluido cuando el prestatario o el garante carecen de esa condición<sup>(6)</sup>.

Por eso mismo, interesa ahora delimitar brevemente, en primer lugar, cuál puede ser el respectivo ámbito de aplicación de cada una de esas normas y a tal fin, se comenzará esta exposición explicando cuál puede ser el régimen jurídico aplicable a la financiación hipotecaria y a los contratos inmobiliarios con consumidores para luego examinar el ámbito de aplicación de la LCCI y las normas de desarrollo en relación con los contratos de crédito o préstamo hipotecario.

## 2. REGULACIÓN APLICABLE A LA CONTRATACIÓN DE PRÉSTAMOS O CRÉDITOS HIPOTECARIOS CON CONSUMIDORES

### 2.1 La aplicación del TRLGDCU<sup>(7)</sup> como derecho común: presupuestos

Se ha ya advertido cómo en la regulación de los contratos de préstamo o crédito hipotecario o en la normación que rige la contratación inmobiliaria convergen una pluralidad de normas; unas, de derecho común y, otras,

---

(6) CARRASCO PERERA A., «Funciones notariales en la comprobación de la transparencia y en la titulación del contrato» en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*; edit. Thomson-Reuters/Aranzadi, 2019, p. 349.

(7) Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios aprobado por el RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre.

de naturaleza especial. También resulta meridiano que, si nos referimos a este tipo de contratos, pero lo circunscribimos al ámbito de las relaciones jurídicas de consumo, el derecho común en esta materia vendrá constituido por las disposiciones del TRLGCU, sin perjuicio de la aplicación preferente de la normativa especial en la materia.

### 2.1.1 *La aplicación del TRLGDCU en relación con el control de transparencia y el de abusividad de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente*

Excedería de los límites de este epígrafe dedicado a las fuentes abordar, en particular, estos dos controles que, de otra parte, serán tratados a lo largo de esta obra. Ahora bien, y a los efectos que nos interesan, sí conviene advertir que reiterada jurisprudencia<sup>(8)</sup> ha declarado que su doctrina sobre el control de transparencia *ex* artículo 80 TRLGDCU y sobre el control de contenido de los artículos 82 a 91 TRLGDCU únicamente resultará aplicable en presencia de una relación jurídica de consumo.

De este modo, puede resultar que un contrato de crédito hipotecario quede afecto al régimen jurídico de la LCCI si se cumplen los requisitos para ello y, en cambio, no resulte aplicable al contrato ninguno de estos controles por haber sido concertado por una persona física no consumidora; sin perjuicio de que en presencia de condiciones generales de la contratación pueda devenir aplicable el control de incorporación previsto en la Ley 7/1998<sup>(9)</sup>.

Y, al revés, podría darse el caso de que un contrato de crédito hipotecario quede sometido al régimen del TRLGDCU y, que, por tanto, cupiera realizar sobre él estos dos controles, de contenido y de transparencia, y, en cambio, no resultara aplicable la LCCI; por ejemplo, porque el consumidor fuera una persona jurídica<sup>(10)</sup> o porque el préstamo o crédito, garantizado con hipoteca, recayera sobre un inmueble de uso no residencial.

---

(8) Por ejemplo, *Vid.*, entre otras muchas, SSTs 3 junio 2016 (RJ 2016, 2306); 18 enero 2017 (RJ 2017, 922); 20 enero 2017 (RJ 2017, 926); 30 enero 2017 (RJ 2017, 371); 23 noviembre 2017 (RJ 2017, 6184); 19 diciembre 2018 (RJ 5539); 3 junio 2019 (RJ 2019, 2181); 10 octubre 2019 (RJ 2019, 3851); 28 noviembre 2019 (RJ 2019, 4947); 15 enero 2020 (RJ 2020, 653); 20 enero 2020 (RJ 2020, 819); 4 febrero 2020 (RJ 2020, 218); 12 junio 2020 (RJ 2020, 218); 1 julio 2020 (RJ 2020, 2206); 27 julio 2022 (RJ 2022, 3852); 22 noviembre 2022 (RJ 2022, 3852); 25 abril 2023 (RJ 2023, 2643); 3 mayo 2023 (RJ 2023, 2982); 18 julio 2023 (RJ 2023, 5578); 17 noviembre 2023 (JUR 2023, 427844); 16 septiembre 2024 (JUR 2024, 306576) y 18 octubre 2024 (JUR 2024, 405987).

(9) *Vid.* así, SSTs 15 enero 2020 (RJ 2020, 653) y 4 febrero 2020 (RJ 2020, 218).

(10) *Vid.* STS 13 noviembre 2023 (JUR 2023, 418749).

### 2.1.2 *Los conceptos de empresario y consumidor*

Obviamente, para estar en presencia de una relación jurídica de consumo el correspondiente vínculo jurídico ha de unir a quien ostente la condición de empresario y a quien disponga de la cualidad de consumidor.

Cuando se trate de aplicar el TRLGDCU se ha de partir de las definiciones previstas en sus artículos 3 y 4. Por tanto, debe ser considerado como empresario «toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión» (art. 4 TRLGDCU).

No obstante, se ha de advertir que puede existir una normativa específica que restrinja los términos requeridos para ser reputado consumidor o que una concreta regulación pueda excluir de su ámbito de aplicación a determinados empresarios.

Por ejemplo, el artículo 2 LCCI exige que el prestatario, fiador o garante sea una persona física, por lo que, tratándose de contratos inmobiliarios no garantizados mediante hipoteca u otra garantía real que recaiga sobre un inmueble de uso residencial, para los que se requiere, para que resulte de aplicación la LCCI, que dicho prestatario, fiador o garante sea un consumidor, habrá que concluir que, en este concreto contexto normativo, quedan expulsados los consumidores-personas jurídicas. Y lo mismo cabe observar respecto al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (art. 5). Por su parte, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito no resultará aplicable cuando las actividades que este texto legal regula fueran prestadas por entidades de crédito o sus agentes, tal y como aclara su artículo 1.2.

Hecha esta salvedad, y, por lo que atañe al concepto de consumidor, teniendo en cuenta que su delimitación puede depender del concreto ámbito normativo de que se trate, habrá que aplicar lo dispuesto en el artículo 3 TRLGDCU y reputar como tal, a la persona física o jurídica que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Por ejemplo, no puede ser reputado como consumidor una persona física que suscribe un préstamo hipotecario a fin de constituir una sociedad mercantil dedicada a la comercialización de piezas de recambio de vehículos por internet (STS 3 mayo 2023 –RJ 2023, 2982–). O la persona física que concierta un contrato de esta naturaleza para financiar la adquisición de un local comercial y su reforma para destinarlo al negocio de peluquería (STS 25 abril 2023 –

RJ 2023, 2643–) o para financiar la adquisición de una licencia de taxi (SSTS 28 noviembre 2019 –RJ 2019, 4947– y 1 julio 2020 –RJ 2020, 2206.). Tampoco lo es una enfermera que concluye un contrato de crédito hipotecario destinado a una sociedad limitada en constitución dedicada a inversiones en inmuebles que iba a ser administrada por su cónyuge (STS 22 noviembre 2022 –RJ 2022, 5345–), ni la persona física que suscribe un préstamo hipotecario para financiar la adquisición del inmueble en el que estaba instalado un taller mecánico que el prestatario aspiraba a explotar (STS 10 octubre 2019 –RJ 2019, 3851–) o para subvenir a la compra de un local comercial (STS 3 junio 2016 –RJ 2016, 2306–) en el que desarrollar una actividad de oficina (STS 18 enero 2017 –RJ 2017, 922–) o de oficina de farmacia (STS 19 diciembre 2018 –RJ 2018, 5539–) o para financiar la compra de un solar para construir en él una vivienda para su posterior reventa (STS 23 noviembre 2017–RJ 2017, 6184–). Sin embargo, no debe obviarse cómo para el TJUE, en su sentencia de 24 de octubre de 2024 (JUR 2024, 394516), tiene la condición de consumidor una persona física que adquiere un inmueble financiando su adquisición mediante un préstamo hipotecario para luego arrendarlo, siempre que dicha actividad arrendaticia no forme parte de su actividad profesional, en cuanto que, según su criterio, el obtener ingresos por el alquiler no implica automáticamente el ejercer una actividad empresarial o profesional.

En el ámbito estricto del artículo 3 TRLGDCU sí pueden ser reputadas como consumidoras las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Y así, por ejemplo, en la STS 13 noviembre 2023 (JUR 2023, 418749) se atribuyó a un club recreativo la condición de consumidor en su condición de asociación sin ánimo de lucro, por lo que, en consecuencia, a partir de esta calificación era posible, a juicio del Tribunal Supremo, realizar un control de transparencia de la cláusula suelo que incluía un contrato de préstamo hipotecario destinado a financiar obras de reforma en el centro social de dicha asociación. Sin embargo, obviamente y, por el contrario, las sociedades mercantiles no pueden ser consideradas como tales<sup>(11)</sup>.

Hay que tener en cuenta que, conforme a la doctrina del TJUE<sup>(12)</sup>, el concepto de consumidor debe interpretarse de forma restrictiva en relación con su posición en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con su situación subjetiva, «dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras». Por tanto, «solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finali-

---

(11) SSTS 30 enero 2017 (RJ 2917, 371); 3 junio 2019 (RJ 2019, 2181); 20 enero y 12 junio 2020 (RJ 2020, 819 y RJ 2020, 2034). *Vid.* igualmente, RDGSJyFP 16 diciembre 2024 (JUR 2024, 515307).

(12) *Vid.* STJUE 25 enero 2018 –Asunto C-498/16– (ECLI: EU: C:2018:37) y STJUE 14 febrero 2019 –Asunto C-630/17– (ECLI: EU: C:2019:123).

dad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico» para la protección del consumidor; «protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional» aun cuando sea futura. Por eso mismo, en relación con los contratos con doble finalidad, el Tribunal de Luxemburgo entiende que, cuando una persona concierta un contrato relacionado parcialmente con su actividad profesional, puede reputarse como consumidor, pero únicamente en el caso en que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal, con un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente.

En atención a esta doctrina, tanto la DGSJyFP<sup>(13)</sup> como el Tribunal Supremo<sup>(14)</sup> estiman que, en los contratos de préstamo hipotecario mixtos o de doble finalidad, la regla no es la aplicación automática de la normativa de protección de los consumidores, sino la aplicación de la que corresponda al objeto predominante del contrato. Por tanto, se ha de estar a la cifra cuantitativamente mayor del capital destinado a la finalidad empresarial o de la destinada a una finalidad personal y para el caso de que no resultara del contrato cuál es el destino predominante del crédito, al no señalarse la cuantía destinada a cada finalidad, la carga de la prueba corresponderá al predisponente, presumiéndose, en caso contrario, una finalidad personal, por lo que habrá de entenderse que el deudor es un consumidor. En consecuencia, en aquellas circunstancias en las que existan indicios de que un contrato persigue una doble finalidad, el criterio del objeto empresarial mínimo o insignificante ofrece una herramienta para determinar si el adherente ha intervenido en el contrato como consumidor o como profesional. Y, si por ejemplo, tal y como así puede verse en el caso examinado en la STS 19 junio 2023 (JUR 2023, 276464), el importe nominal del préstamo es de 180.000€, de los cuales, 60.000€ se destinan a la compra de un equipo informático destinado a la sociedad mercantil de la que la prestataria es administradora y socia al 50% y, el resto, 120.000€ se destinan a la amortización de un préstamo hipotecario previo concertado para la compra de una vivienda por dicha prestataria en el que la prestamista se subroga, habrá que concluir, conforme a esta doctrina, que dicha prestataria sí ostenta la condición de consumidora.

De otra parte, el TJUE<sup>(15)</sup> también ha sostenido que es consumidora la persona que garantiza una deuda mercantil, siempre y cuando actúe con un propósito ajeno a una actividad profesional o empresarial y carezca de

(13) *Vid.* RDGRN 13 junio 2019 (RJ 2019, 3347).

(14) SSTS 5 abril 2017 (RJ 2017, 2669); 10 enero 2018 (RJ 2018, 58) y 19 junio 2023 (JUR 2023, 276464).

(15) *Vid.* ATJUE 19 noviembre 2015 –asunto C-74/15 (ECLI: EU: C:2015:772) y ATJUE 14 septiembre 2016 –asunto C-534/15– (ECLI: EU: C:2016:700).

un vínculo funcional con el contratante profesional. Como así puede ser, por ejemplo, que las personas físicas garantes de la deuda de una sociedad fueran sus administradores sociales (STS 28 mayo 2018 –RJ 2018, 2281–) o cuando se trate del cónyuge no comerciante que garantiza la deuda contraída por una sociedad unipersonal cuyo único socio es su consorte, si existe sociedad de gananciales (STS 28 mayo 2020 –RJ 2020, 1345–)<sup>(16)</sup>. En caso contrario, incluso aunque el garante reúna la condición de pariente próximo de los administradores o de los socios de la mercantil cuya deuda asegura, se le ha de reconocer su condición de consumidor (RD-GRN 13 junio 2019 –RJ 2019, 3347–. *Vid.* RDGSJFP 18 junio 2020 –RJ 2020, 3395–). Ahora bien, conviene aclarar que, en la hipótesis en que fuera considerado como consumidor el garante de un no consumidor, la posible abusividad de las cláusulas del contrato habrá que referirlas al contrato de garantía, sin perjuicio de que puedan ser objeto de control de transparencia o de contenido algunas cláusulas o estipulaciones del contrato principal que se integren en el mismo<sup>(17)</sup>.

De este modo, cuando un garante tenga la condición de consumidor resultarán aplicables las normas propias del Derecho de consumo (entre ellas, todas las referentes a la información precontractual, al contenido del contrato y las relativas a cláusulas abusivas). Por este motivo, toda fianza prestada por un consumidor tendrá que satisfacer los requisitos de información precontractual exigidos por el artículo 60 TRLGDCU, sin perjuicio de que resulten aplicables preferentemente otras normas especiales (*v.gr.* las derivadas de la Ley 2/2009 o de la LCCI). Además, resultará de aplicación el artículo 62.1, por lo que deberá constar en el contrato, de forma inequívoca, la voluntad de afianzar. De acuerdo con el artículo 62.2, no podrán imponerse al consumidor-fianzor requisitos desproporcionados u onerosos para que pueda ejercer sus derechos contra el acreedor y el deudor. Incluso, es posible entender, en atención a este artículo 62.2, que no se pueden imponer fianzas por duración determinada por plazos excesivos, ni fianzas por tiempo indeterminado que hagan costoso el derecho de salida discrecional del consumidor. Asimismo, el contrato de fianza habrá de constar por escrito (art. 63) y resultarán aplicables las disposiciones del TRLGDCU sobre cláusulas abusivas –*v.gr.* artículos 85.3, 85.6, 86.1, 86.3, 86.4, 86.7, 87.6, 88.1–.

---

(16) Observa AGÜERO ORTIZ A. («Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo» en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Dir. Carrasco Perera, A.; edit. Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 135), que la vinculación funcional requerida por el Tribunal Supremo de la esposa con la sociedad que afianza resulta independiente del régimen económico del matrimonio si realmente no existe auténtica vinculación funcional ni profesional. Con más detalle, *vid.* de la misma autora, «La irrelevancia del régimen económico del matrimonio en la condición de consumidoras de las fiadoras de cónyuges comerciantes»; *RDP*, mayo-junio 2023, pp. 91-124.

(17) Con detalle, *vid.* RDGRN 13 junio 2019 (RJ 2019, 3347) y STS 27 enero 2020 (RJ 2020, 45).

## 2.2 Normativa especial aplicable

### 2.2.1 *Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito*

A tenor de su rúbrica, pudiera parecer, en línea de principio, que este sería el texto legal básico destinado a regular, específica y especialmente, la tutela del consumidor de crédito hipotecario. Ahora bien, debe señalarse también que el campo protector que esta Ley establece es bien restringido, en atención a su ámbito subjetivo de aplicación (art. 1.2) que excluye de su influencia a las operaciones de préstamo o crédito hipotecario de su artículo 1.1 prestadas por entidades de crédito o por sus agentes.

Por tanto, de su ámbito queda excluido el crédito o préstamo hipotecario entre particulares; el concedido por entidades de crédito o por sus agentes a consumidores y, por supuesto, y obviamente, el concertado entre un profesional y quien no ostente la condición de consumidor en los términos previstos en el artículo 1.1 *in fine* de esta Ley –coincidente con el previsto en el artículo 3 TRLGDCU–.

Dado que ha de existir una relación jurídica de consumo, el prestamista o el intermediario ha de ser una empresa (persona física o jurídica) que, de forma profesional, realice cualquiera de las actividades afectas al ámbito de aplicación de la ley; empresas a las que se les impone la carga de inscribirse en el Registro administrativo al que se refiere el artículo 3<sup>(18)</sup> –precepto que ha sido desarrollado por el del Real Decreto 106/2011, de 28 de enero<sup>(19)</sup>–.

(18) *Vid.* RRDGRN 18 enero 2011 (RJ 2011, 3434) y 5 febrero 2011 (RJ 2011, 3573).

(19) El incumplimiento por parte de las empresas de su deber de inscripción en este Registro se tipifica como falta muy grave en materia de consumo, de acuerdo con el artículo 13.3 de este RD 106/2011. Téngase en cuenta que la imposición de una sanción administrativa en materia de consumo no excluye la posibilidad de que sea indemnizado el consumidor de los daños y perjuicios derivados de la infracción (*vid.* artículo 48 TRLGDCU). No obstante, en el momento actual, no conviene obviar la posibilidad de que tales entidades puedan quedar sujetas al control y supervisión previsto en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 10/2014.

A tenor de la misma Ley 2/2009, pudiera entonces pensarse que la protección del consumidor es mayor cuanto mayor es el grado de profesionalidad del acreedor –que, aunque no sea una entidad de crédito, se ha preocupado por propiciar la inscripción de su empresa en un registro público admitiendo voluntariamente la supervisión de un órgano administrativo–. Puede entonces considerarse que la empresa que, debiendo inscribirse, no figura inscrita, incurre en una práctica comercial desleal (art. 15 de la Ley de Competencia Desleal).

Cfr. SAP Madrid 6 mayo 2011 (AC 2011, 1218) que admite la acción de cesación ejercitada por una asociación de consumidores contra una entidad, que, en su publicidad, inducía a confusión acerca de su condición como entidad de crédito y su oferta comercial –engañosa– de productos financieros. Publicidad en la que se omitía «cualquier información que ofreciese una mínima concreción sobre las condiciones económicas y jurídicas de las operativas publicitadas».



A fin de determinar la cualidad como empresa de las personas físicas o jurídicas a estos efectos, la DGSJyFP<sup>(20)</sup> ha venido considerando que, puesto que el carácter de la habitualidad en la concesión de préstamos no tiene una definición precisa en la legislación en general, ni tampoco en la específica, habrá de evaluarse, en cada caso, las pruebas obtenidas en uno u otro sentido. De este modo, ha señalado que los registradores, en el ejercicio de su función calificadora sobre la legalidad, pueden tener en cuenta los datos que resulten de organismos oficiales a los que puedan acceder directamente. Así, ha admitido la posibilidad de que el registrador pueda consultar de oficio el Registro Mercantil<sup>(21)</sup> u otros registros públicos<sup>(22)</sup> o el servicio de interconexión entre los Registros en relación con la habitualidad de los prestamistas que no tengan el carácter de entidades financieras<sup>(23)</sup>. De este modo, si recabada esta información se acredita «el otorgamiento de sucesivos préstamos hipotecarios, o su adquisición reiterada vía cesión»<sup>(24)</sup>, existirá un un indicio suficiente del desarrollo de una actividad profesional y, en esa medida, resultará aplicable la Ley 2/2009. Y, en particular, ha reputado que la concesión de simplemente dos préstamos constituye indicio suficiente en ese sentido<sup>(25)</sup>.

De otra parte, ni se fija una cantidad mínima o máxima del importe del crédito garantizado para que resulte inmerso en lo dispuesto en la Ley<sup>(26)</sup>; ni se requiere que el objeto de la garantía hipotecaria constituya la vivienda habitual del hipotecante<sup>(27)</sup>, ni un inmueble de uso residencial –en cuyo

---

(20) *Vid.*, por ejemplo, RRDGRN 18 enero 2011 (RJ 2011, 3434); 5 febrero 2011 (RJ 2011, 3573); 13 julio 2015 (RJ 2015, 4036); 28 julio 2015 (RJ 2015, 4246); 31 mayo 2016 (RJ 2016, 4003); 7 julio 2016 (RJ 2016, 4252); 11 julio 2016 (RJ 2016, 4592); 26 julio 2017 (RJ 2018, 61009); 14 diciembre 2018 (RJ 2018, 5462); 21 enero 2020 (RJ 2020, 1899) y RDGSJyFP 14 marzo 2023 (RJ 2023, 4046).

De otra parte, debe también aclararse que, aunque se hubiera formalizado el préstamo con anterioridad a la Ley 2/2009, el cesionario que pretenda su inscripción en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley, siempre que esté dedicado profesionalmente a esta actividad, requiere el cumplimiento de los requisitos en ella establecidos. *Vid.* así, RRDGRN 22 julio 2016 (RJ 2016, 4266) y RRDGSJyFP 10 septiembre 2021 (RJ 2021, 5091) y 14 marzo 2023 (RJ 2023, 4046).

(21) A título meramente ilustrativo, RRDGRN 16 febrero 2012 (RJ 2012, 5965) y 26 julio 2017 (RJ 2018, 6109).

(22) Entre otras muchas, *vid.* RRDGRN 1 junio 2013 (RJ 2013, 5439); 13 julio 2015 (RJ 2015, 4036); 28 julio 2015 (RJ 2015, 4246) y 11 julio 2016 (RJ 2016, 4592).

(23) Por ejemplo, *vid.* RRDGRN 4 febrero 2015 (RJ 2015, 4518); 13 julio 2015 (RJ 2015, 4036); 28 julio 2015 (RJ 2015, 4247); 31 mayo 2016 (RJ 2016, 4003); 11 julio 2016 (RJ 2016, 4592), 2 septiembre 2016 (RJ 2016, 5491); 10 octubre 2016 (RJ 2016, 5271); 21 enero 2020 (RJ 2020, 1899).

(24) A título de ejemplo, *vid.* RRDGRN 13 julio 2015 (RJ 2015, 4036); 28 julio 2015 (RJ 2015, 4246); 31 mayo 2016 (RJ 2016, 4003); 26 julio 2017 (RJ 2018, 6109) y RDGSJyFP 14 marzo 2023 (RJ 2023, 4046).

(25) RDGRN 21 enero 2020 (RJ 2020, 1899).

(26) *Vid.* artículo 3, apartado c) y artículo 4.5 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

(27) Valora positivamente esta opción legislativa, ORDÁS ALONSO, M., «La contratación...», pp. 6-7.



caso, se aplicaría la LCCI–, por lo que, bien puede afirmarse que el «ámbito de aplicación de dicha normativa viene determinada, por tanto, no por la naturaleza del bien hipotecado (parcela, vivienda o local de negocio), ni por la naturaleza física o jurídica de la persona prestataria, sino por el destino del préstamo o crédito concedido para una actividad ajena a la propia actividad empresarial o profesional del prestatario»<sup>(28)</sup>.

Tampoco se restringe la aplicación de esta normativa a los estrictos contratos de préstamo, pues quedan incluidas también en la esfera de su influencia otras operaciones equivalentes de financiación, como así se reconoce, como la apertura de crédito –quizá amparable en el artículo 153 LH–, aunque no así las operaciones de financiación incluibles en la Ley 28/1998, de 13 de julio (art. 1.2) Sin embargo, dada la restricción del ámbito subjetivo de la norma, quedarán excluidas de la esfera de influencia de este Texto Legal, tanto las hipotecas del artículo 153 bis LH, cuanto las operaciones de financiación, o más bien, de refinanciación por la vía de la subrogación o de la novación modificativa amparables en la órbita de la Ley 2/1994<sup>(29)</sup> –evidentemente, no las que se prevean constituir en atención al artículo 1203 o 1211 CC–, salvo que la entidad acreedora profesional hubiera suscrito el *Código de Buenas Prácticas* previsto en el Real Decreto-Ley 6/2012<sup>(30)</sup>.

Ahora bien, dichos contratos de préstamo, de crédito o financiación han de estar asegurados mediante hipoteca (art. 1.1.a.), siempre que no se trate de contratos de préstamo o de crédito incluidos en el ámbito de aplicación de la LCCI, de conformidad con lo previsto en sus artículos 2.1.a) y 2.1.b). En consecuencia, hipotéticamente, resultaría aplicable la Ley 2/2009 a préstamos o créditos garantizados mediante hipoteca mobiliaria o con una hipoteca inmobiliaria sobre un inmueble de uso no residencial (*v.gr.* una finca rústica, un local comercial, una nave industrial, etc.)<sup>(31)</sup>, pero resultará imprescindible que dicho préstamo no tenga como fin adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles contruidos o por construir. De este modo, como sugiere la RDGS-

(28) RDGRN 13 diciembre 2018 (RJ 2018, 5462).

(29) Téngase en cuenta que el ámbito subjetivo tanto del artículo 153 bis LH, cuanto de la Ley 2/1994 (art. 1.1) es el mismo. *Vid.* artículo 1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

(30) El Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, a la hora de delimitar qué entidades pueden adherirse al *Código de Buenas Prácticas* que esta norma regula, alude a las entidades de crédito y a «cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios» (art. 5). Por tanto, de acuerdo con su tenor literal, bien podrían empresas afectas a la Ley 2/2009 adherirse a dicho código. En esa medida, pudiendo adherirse y en función de que su aplicación puede dar lugar a una novación modificativa del artículo 4.3 de la Ley 2/1994, habría que defender, atendiendo también a la literalidad del precepto, que, con semejante previsión contenida en una ley especial y posterior, se vería ampliado el ámbito subjetivo de este último texto legal.

(31) En ese sentido, *vid.* RDGSJyFP 4 febrero 2025 (JUR 2025, 19458).

JyFP 21 enero 2020 (RJ 2020, 1899), la Ley 2/2009, podría resultar aplicable a un préstamo concertado por una persona-consumidora que se asegura mediante hipoteca sobre un local comercial recibido en herencia y que consta como arrendado, destinándose dicho préstamo a la financiación de obras de reforma del local.

Además del puro contrato de garantía hipotecaria, la Ley 2/2009 pretende también regular la *intermediación*<sup>(32)</sup> para la celebración de un contrato de préstamo o crédito, con o sin garantías, a un consumidor para cualquier finalidad siempre que dicha finalidad no sea la prevista en el artículo 2.2 LCCI.

A la vista de este restringido campo de aplicación, bien puede afirmarse que la regulación contenida en la Ley 2/2009 tiene una naturaleza residual. Y no solo porque de su órbita quedan excluidos la mayoría de créditos hipotecarios concertados por los consumidores, sino también porque su regulación, tal y como confirma el artículo 1.3, debe interpretarse y aplicarse sin perjuicio de lo establecido en otras leyes generales o especiales en materia de protección de derechos de los consumidores; resolviéndose el eventual conflicto normativo a favor de la norma más especial (esto es, la que contenga un régimen más preciso de las actividades crediticias definidas en el artículo 1.1.) o en pro de la que otorgue una mayor protección de los consumidores y usuarios.

### 2.2.2 *Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*

Si el correspondiente contrato de crédito asegurado con una hipoteca inmobiliaria se formalizara a distancia por parte de un profesional o por un empresario o un proveedor en los términos definidos en el artículo 5 en relación con el artículo 2 de esta Ley 22/2007<sup>(33)</sup>, aunque éste no fuera una entidad de crédito o no se tratara de una de las entidades comprendidas en el ámbito de la Ley 2/2009, con un consumidor que fuera persona física<sup>(34)</sup>, se aplicaría el régimen jurídico especial de la Ley 22/2007 (*vid.* artículos 2.1 y 2.2, así como los artículos 4 y 5).

---

(32) Sobre la definición y extensión de esa definición de *intermediario* en al ámbito de la Ley 2/2009, *vid.* ORDÁS ALONSO, M., «La contratación...», p. 8.

(33) Téngase en cuenta que el artículo 2 de esta Ley 22/2007, al definir su ámbito subjetivo de aplicación, menciona a qué empresas que prestan a distancia servicios financieros les resulta aplicable este cuerpo normativo y, así, hace alusión a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión, entidades aseguradoras, sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, entidades gestoras de fondos de pensiones, mediadores de seguros, sociedades gestoras de entidades de capital riesgo y en general, cualesquiera otras que presten servicios financieros.

(34) Artículo 5. III Ley 22/2007.

Régimen jurídico que si bien desplaza la normativa en materia de contratos a distancia con consumidores previsto en los artículos 92 y ss. TRLGDCU (art. 93.d. TRLGDCU), no excluye la eventual aplicación de la disciplina común de tutela del consumidor contenida en este Cuerpo legal; ni, por supuesto, la normativa hipotecaria general, ni la específica prevista en la LCCI.

### 2.2.3 *Contratos de crédito inmobiliario con consumidores afectos a la LCCI*

Debe tenerse presente que una clase específica de estos contratos que se están examinando quedan afectos al ámbito de aplicación de la LCCI, siempre y cuando el prestatario, fiador o garante sea un consumidor (art. 2.1.b). Se trata de préstamos sin garantía real inmobiliaria sobre un inmueble de uso residencial cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre inmuebles construidos o por construir, a los que luego me referiré al estudiar el ámbito de aplicación concreto de la LCCI. No obstante, debe advertirse que se trata de contratos concluidos entre consumidores y empresarios, por lo que resultarán afectos al control de transparencia y de contenido previstos en el TRLGDCU.

## 3. LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO: ÁMBITO DE APLICACIÓN

### 3.1 **Ámbito temporal de aplicación**

La LCCI no se aplica a los contratos de crédito o préstamo inmobiliario anteriores a su entrada en vigor, salvo que sean objeto de novación o de subrogación con posterioridad a ese momento (Disposición Transitoria 1.<sup>a</sup> LCCI). No obstante, téngase en cuenta que el contenido del artículo 24 LCCI (relativo al vencimiento anticipado), conforme a lo previsto en la Disposición Transitoria 1.<sup>a</sup> LCCI, es aplicable a todo contrato de crédito inmobiliario; incluso, a los contratos anteriores a su entrada en vigor. En esa medida, este precepto legal provoca, a juicio de la DGSJyFP<sup>(35)</sup>, una modificación automática, «*ipso iure*», en todo contrato de préstamo hipotecario anterior a la misma vigencia de la LCCI.

---

(35) *Vid.* RDGSJyFP 17 mayo 2022 (RJ 2022, 3180).

### 3.2 **Ámbito subjetivo de aplicación**

Para que resulte aplicable la LCCI, basta con que el prestamista sea una persona, física o jurídica que realice una actividad de concesión de préstamos de manera profesional. Tal y como puede apreciarse, la definición que ofrece la LCCI comprende el concepto de empresa que suministra el artículo 1.1 de la Ley 2/2009. Por este motivo, resultará aplicable, *mutatis mutandi*, la doctrina de la DGSJyFP antes examinada sobre la determinación del carácter profesional del prestamista. No obstante, también debe advertirse que, en consonancia con ella, el mismo artículo 2.1 LCCI entiende que la actividad de concesión de préstamos hipotecarios se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora (lo cual, evidentemente se dará cuando el préstamo lo es con interés)<sup>(36)</sup>. Esta previsión, sin embargo, choca con lo previsto en el artículo 42 LCCI que obliga a los prestamistas profesionales a inscribirse como tales en el Registro previsto en el artículo 27 LCCI. No obstante, hay que entender que el incumplimiento de la obligación de registro no afecta a la eficacia de los contratos que se pudieran celebrar<sup>(37)</sup>.

De otra parte, el prestatario, fiador o garante ha de ser una persona física (art. 2.1 LCCI) sin necesidad de que ostente la condición de consumidora, salvo que, tal y como se advirtió, se trate de préstamos no garantizados sobre un inmueble de uso residencial destinados a adquirir o conservar inmuebles construidos o por construir; en cuyo caso, el prestatario, fiador o garante, que habrá de seguir siendo una persona física, deberá reunir la referida condición de consumidor. De ahí que, en estos casos, la DGSJyFP<sup>(38)</sup> considere necesario que en la escritura se haga constar si los prestatarios actúan o no como consumidores.

Conviene también tener presente que la LCCI se aplica al fiador o al garante que sea una persona física, aun cuando el préstamo garantizado no quede incluido bajo el ámbito de aplicación de esta LCCI<sup>(39)</sup>. Y así, por tanto, se aplicará la LCCI en el caso en que el préstamo hipotecario que grava un inmueble de uso residencial, concedido a una persona jurídica, fuera asegurado por una persona física, aunque ésta no sea un consumidor. Por ejemplo, el administrador (persona física) de una sociedad que

---

(36) Lo que permitirá incluir en la LCCI a préstamos inmobiliarios concedidos, aun ocasionalmente, por inversores, incluso particulares, en plataformas de financiación participativa. En ese sentido, *vid.* AGÜERO ORTIZ, A., «Ámbito...», p. 115.

(37) CORDERO LOBATO, E., «Sub. capítulo 15...», p. 733.

(38) *Vid.* RDGSJyFP 27 julio 2020 (RJ 2020, 3423).

(39) *Vid.* RRDGSJyFP 28 octubre 2021 (RJ 2021, 5841) y 23 noviembre 2021 (RJ 2021, 5862).



garantiza el préstamo concedido a esa sociedad hipotecando una vivienda de su propiedad<sup>(40)</sup>. En cambio, si se trata de un contrato de préstamo cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles contruidos o por construir, la LCCI solo resultará aplicable si el fiador o garante es un consumidor<sup>(41)</sup>, con independencia también de que se aplique esta ley al contrato de financiación inmobiliaria asegurado.

### 3.3 **Ámbito objetivo de aplicación**

#### 3.3.1 *Contratos de préstamo hipotecario sobre inmuebles de uso residencial*

La LCCI se aplica a contratos de préstamo en el sentido que precisa el propio artículo 4.3 LCCI, por lo que no existe inconveniente en ampliar su ámbito más allá del puro contrato de préstamo e incluir a contratos de crédito (*v.gr.* apertura de crédito, cuenta corriente de crédito), al pago aplazado<sup>(42)</sup> o a cualquier otra facilidad de pago similar; lo que permite dar cabida también al leasing inmobiliario o a los rentings inmobiliarios con opción de compra o a los censos consignativos<sup>(43)</sup>. Ahora bien, conviene aclarar que resultará aplicable la LCCI siempre que ese contrato de préstamo en el sentido visto resulta asegurado con un hipoteca u otra garantía real similar (*v.gr.* anticresis) constituida sobre un inmueble de uso residencial. En consecuencia, han de incluirse todos aquellos pactos y contratos de los que surja un derecho real de garantía sobre el derecho de dominio o sobre el derecho de uso de un inmueble de uso residencial, aun expectantes, con independencia de si ese derecho real de garantía surge de un contrato de garantía real inmobiliaria (*v.gr.* hipoteca, censo consignativo o una garantía real atípica) o de cualquier otra operación negocial con finalidad de garantía (arrendamiento financiero inmobiliario, reserva de dominio en una compraventa inmobiliaria con precio aplazado, etc.)<sup>(44)</sup>.

De otra parte, en sentido estricto, no se exige que la garantía real tenga por objeto una *vivienda*, ni mucho menos que ésta sea una *vivienda habitual*<sup>(45)</sup>. En esa medida, pueden tener cabida en la órbita de

(40) *Vid.* RRDGRN 5 diciembre 2019 (RJ 2020, 780) y 20 diciembre 2019 (RJ 2020, 1135).

(41) *Vid.* RDGSJyFP 21 enero 2020 (RJ 2020, 1899).

(42) *Vid.* RDGSJyFP 9 octubre 2024 (JUR 2024, 453559).

(43) AGÜERO ORTIZ, A., «Ámbito...», p. 110.

(44) Con detalle, AGÜERO ORTIZ, A., «Ámbito...», pp. 124 ss. Comparte su criterio, CORDERO LOBATO, E., Sub. Capítulo 15 en *Tratado de los derechos de garantía*, I, 4.ª ed.; edit. Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 728.

(45) *Vid.* artículo 21.3 LH.

influencia la LCCI todas aquellas operaciones de crédito aseguradas por una garantía real inmobiliaria, siempre que esa garantía recaiga sobre un inmueble apto para *residir* aun cuando no se destine estrictamente a servir de morada, tal y como, además, lógicamente de las viviendas, así sucede con trateros y garajes a los que expresamente se refiere el artículo 2.1. *in fine* LCCI.<sup>(46)</sup>

### 3.3.2 *Contratos de préstamo cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad de inmuebles construidos o por construir*

Estos son contratos que, incluidos en la LCCI [art. 2.1.b)] quedan expresamente excluidos de la órbita de la Ley 16/2011, de 24 de junio [art. 3.b)], de conformidad con la Directiva 2008/48/CE [art. 2.2.b)]. Pues bien, teniendo presente que el legislador, en este punto, se ha limitado a seguir los dictados de la Directiva 2014/17/UE (art. 3.1), la RDGSJyFP, a través de la Instrucción de 20 diciembre 2019<sup>(47)</sup>, considera que estos contratos pueden destinarse a la financiación de la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre inmuebles de uso residencial o de uso no residencial<sup>(48)</sup>.

Debe aclararse también que si estos contratos de préstamo estuvieran garantizados mediante hipoteca sobre un inmueble de uso residencial ya estarían incluidos en la órbita de la LCCI por aplicación de su artículo 2.1.a). Por tanto, estos contratos del artículo 2.1.b) LCCI podrán ser préstamos personales o préstamos asegurados con una hipoteca u otro tipo de garantía real sobre un inmueble de uso no residencial siempre que su finalidad coincida con la descrita en este precepto y el prestatario, fiador o garante fuera un consumidor y el prestamista fuera un profesional en los términos vistos. De igual forma, a estos efectos, esos préstamos también podrían ser asegurados mediante una garantía diferente a la descrita en el artículo 2.1.a) LCCI.

Atendiendo estrictamente al significado gramatical de los términos del artículo 2.1.b) LCCI al utilizar el término «conservación», habrá que entender excluidos de su órbita a los contratos de crédito relativos a la concesión de un crédito cuyo objetivo fuera la renovación o el aumento de valor de un inmueble ya existente<sup>(49)</sup>. En esa medida, este término de «conservación», puede interpretarse en su sentido gramatical como mantenimiento

---

(46) Por eso mismo, cuando la hipoteca grava un solar, el correspondiente préstamo asegurado escapa del ámbito de la LCCI, tal y como así puede verse en la RDGSJyFP 28 enero 2025 (JUR 2025, 17523).

(47) BOE núm. 313, de 30 de diciembre.

(48) Vid. RDGSJyFP 6 febrero 2020 (RJ 2020, 1916). Además, vid. RDGSJyFP 4 febrero 2025 (JUR 2025, 19458). En ese sentido, vid. SAÉNZ DE JUBERA HIGUERO, B., *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*; edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 26.

(49) Vid. C.º 14.º de la Directiva 2008/48/CE.

o cuidado<sup>(50)</sup>. Con este significado, cabría entender incluidos a todos los contratos de crédito cuyo fin fuera financiar gastos necesarios o de reparación. Sin embargo, en la DGRN, a través de su Instrucción 20 diciembre 2019, consideró que «adquirir o conservar derechos de propiedad» parece distinto de conservar la cosa objeto de la propiedad, por lo que tales préstamos quedan excluidos de la LCCI, sin perjuicio de que quepa aplicar, en su caso, la Ley 16/2011. Ahora bien, si la finalidad del préstamo fuese adquirir y rehabilitar una vivienda, ese préstamo sí resultaría incluido en la LCCI. También, lógicamente, habría que incluir a los créditos o préstamos destinados a evitar la ruina del edificio<sup>(51)</sup>.

También cabe sostener que, dado que también se alude a «la conservación de derechos de propiedad», cabe justificar la inclusión en su regulación de aquellos créditos cuyo destino sea el de financiar la defensa jurídica de la propiedad o los derechos del propietario. De otra parte, puesto que la adquisición o la conservación lo es de derechos de propiedad, solo cabrá incluir en el ámbito de la LCCI a los contratos de préstamo que se encuentren causalmente conectados con un contrato traslativo-adquisitivo del dominio, o con contratos cuyo finalidad sea financiar la adquisición de la propiedad, en cuanto que el destino del crédito es la «adquisición de derechos de propiedad», o con contratos de servicios o de obra cuyo fin es la «conservación» de tales derechos. Cabe, pues, excluir de su ámbito a determinados contratos no traslativos del dominio o a ciertos contratos constitutivos de derechos reales de goce o los contratos relativos al derecho de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico<sup>(52)</sup>. Pero permitirá incluir a los contratos de compraventa o a los contratos de arrendamiento con opción de compra de bienes inmuebles<sup>(53)</sup>; a la adquisición de acciones de una sociedad o a la participación del consumidor como socio en una cooperativa<sup>(54)</sup>. Al igual que podrán ser incluidos los préstamos o créditos destinados a verificar los pagos oportunos para

---

(50) *Vid.* Diccionario RAE, 22.<sup>a</sup> ed. Téngase en cuenta, no obstante, que el artículo 261-2 del Código de Consumo de Cataluña extiende el ámbito de aplicación de la normativa especial de tutela del consumidor en materia de créditos o préstamos hipotecarios a la *rehabilitación*.

(51) RDGSJFP 6 febrero 2020 (RJ 2020, 1916).

(52) *Vid.* artículos 2 y 23 de la Ley 4/2012, 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.

No obstante, a favor de la inclusión de estos derechos reales y de otros derechos reales de goce, como la superficie, en el ámbito de la Directiva 2014/17/UE, *vid.* ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Opciones legales para la transposición pendiente de la Directiva 2014/17/UE y cuestiones concretas de los contratos de crédito para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial». En *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio 2016, p. 26.

(53). Evidentemente, este contrato no es un contrato traslativo del dominio, sino del uso. Pero el fin del contrato es financiar una futura adquisición.

(54). *Vid.* artículo L.313-1 del *Code de la Consommation* francés.

levantar un embargo o cualquier otro tipo de carga real cuyo impago pudiera dar lugar a la pérdida de un derecho de propiedad (*v.gr.* hipoteca, condición resolutoria, etc.), así como los destinados a refinanciar un préstamo anterior contraído con esa finalidad adquisitiva o para posibilitar la conservación de la propiedad (*v.gr.* un préstamo hipotecario) <sup>(55)</sup>.

### 3.3.3 *Contratos de intermediación*

Asimismo, la LCCI se aplica a los contratos de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito incluíbles en su ámbito de aplicación (art. 2.2). Teniendo en cuenta lo dispuesto en su artículo 4.5) debe otorgarse la condición de intermediario de crédito a toda persona física o jurídica que, no actuando como prestamista, ni fedatario público, desarrolla, a título oneroso, una actividad comercial o profesional que consiste en poner en contacto directa o indirectamente, a una persona física con un prestamista y en realizar además alguna de las siguientes funciones con respecto a los contratos de préstamo incluído en el ámbito de la LCCI: a) presentar u ofrecer a los prestatarios dichos contratos de préstamo; b) asistir a los prestatarios realizando los trámites previos u otra gestión precontractual respecto de dichos contratos de préstamo o c) celebrar los contratos de préstamo con un prestatario en nombre del prestamista. El régimen jurídico de estos intermediarios profesionales se regula en los artículos 27 a 41 LCCI.

### 3.3.4 *Contratos de préstamo hipotecario o con finalidad inmobiliaria excluidos del ámbito de aplicación de la LCCI*

El artículo 2.4 LCCI enuncia un elenco de contratos de préstamo a los que no se les va a aplicar la LCCI aun cuando, de no existir esa declaración expresa, esta Ley sí les resultaría aplicable. Conviene aclarar que, en este punto, legislador sigue miméticamente el listado de exclusiones que incluía la Directiva 2014/17/UE en su artículo 3.2 y que, en parte, resulta en parte coincidente con las exclusiones del artículo 3 de la Ley 16/2011.

En primer lugar, resultan excluidos los contratos de préstamos concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya TAE sea inferior a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general. Pues bien, es preciso, en primer lugar, que el contrato

---

(55) *Vid.* RDGRN 21 enero 2020 (RJ 2020, 1899); 6 febrero 2020 (RJ 2020, 1916) y 27 julio 2020 (RJ 2020,3423).



responda a una oferta de crédito formulada por un empresario a sus empleados a título accesorio. Pero no parece necesario que esa oferta responda al cumplimiento de una obligación asumida convencionalmente por el oferente (en el mismo contrato de trabajo o en convenio colectivo). Sin embargo, la mención a título accesorio puede suscitar dudas. Cabe interpretar que el empresario no es un profesional del crédito, pero, pese a ello, concede crédito, pero solo a sus empleados, por lo que su eventual actividad crediticia resulta accesorio a su actividad principal. También es posible colegir que lo que en sí es accesorio es la misma promesa de crédito o el mismo crédito respecto a las obligaciones asumidas por el empresario respecto de sus trabajadores. Por tanto, cabe entender que, puesto que su principal obligación es pagar el salario pactado, el crédito que puede ofertar a título accesorio son los meros anticipos del salario futuro<sup>(56)</sup>, esto es, sobre el trabajo no realizado todavía, por lo que, si lo otorga, no lo haría en cumplimiento de una obligación principal, sino a título accesorio. En consecuencia, resulta posible interpretar que el ámbito de exclusión resulta aplicable a los verdaderos anticipos salariales, pero también a los contratos de crédito que, por ejemplo, una entidad profesionalmente dedicada a la actividad crediticia pueda concertar con sus empleados y en unas condiciones más ventajosas que las que esta oferta al público<sup>(57)</sup>, porque también en ese caso el crédito concedido lo es a título accesorio. Además, resulta imprescindible que el crédito concedido esté libre de intereses, aunque pueda tener costes, o tener intereses y/o gastos, pero siempre que éstos den lugar a una TAE inferior a la del mercado. Por tanto, hasta cierto punto, estos créditos están subsidiados, para el trabajador, por su empresario. Y siendo así, ese subsidio puede reputarse como una parte integrante del salario que se percibe en especie, tal y como cabe deducir del artículo 17.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF. Es más, el artículo 43.1.1.º de esta Ley 35/2006, en su apartado c), consideran que debe computarse como rendimiento del trabajo en especie, en los préstamos con tipos de interés inferiores al legal del dinero, la diferencia entre el interés pagado y el interés legal del dinero vigente en el período. Como puede apreciarse entonces se vislumbra la real razón para la exclusión de estos contratos: la naturaleza salarial de estos créditos. No obstante, debe aclararse que la LCCI sí se aplicaría al fiador o garante de estos contratos excluidos; por

(56) *Vid.* artículo 29.1. II del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. De otra parte, téngase en cuenta las previsiones contenidas en los artículos 11.6 y 12 del Convenio OIT núm. 117 para prevenir el excesivo endeudamiento del asalariado.

(57) *Vid.* así, RDGRN 21 diciembre 2019 (RJ 2020, 990) y RDGSJFP 12.6.2020 (RJ 2020, 3368). Asimismo, *vid.* RDGSJyFP 30 diciembre 2024 (JUR 2024. 515301).

ejemplo, a una persona física que hipotecara un bien inmueble de uso residencial de su propiedad en garantía de una deuda ajena, a pesar de que el préstamo garantizado pudiera resultar excluido de su ámbito de aplicación<sup>(58)</sup>.

En segundo lugar, quedan excluidos los contratos de préstamo a título gratuito y los préstamos que cabría calificar *low cost* (los concedidos en forma de facilidad de descubierto y que tengan que reembolsarse en el plazo de un mes o relativos al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente, siempre que no se trate de contratos de préstamo garantizados por una hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial).

En tercer lugar, se excluyen los contratos que sean resultado de un acuerdo alcanzado ante un órgano jurisdiccional, arbitral, o en un procedimiento de conciliación o mediación. Hay que entender que la exclusión alcanza a contratos de transacción o a acuerdos de mediación o conciliación, que, debido a su misma naturaleza, permiten, pero también han obligado a las partes a negociar. Y siendo la negociación posible, y siempre que la intervención del juez, del mediador o del árbitro garantice el equilibrio entre las partes, no tendría sentido alguno someter a estos contratos al régimen jurídico previsto para los contratos de crédito inmobiliario. Ahora bien, también debe tenerse presente, pese a la dicción de este apartado d) del artículo 2.4 LCCI, que el contrato de crédito no es el resultado del acuerdo, sino que es el acuerdo la fuente de las obligaciones que asumen las partes. Y las partes bien pueden acordar, para salvar sus diferencias, que surja un nuevo crédito o que se modifiquen las condiciones de un crédito dimanante de un acuerdo preterito –que puede estar sujeto a la LCCI–. En el caso de que ese acuerdo consista en una simple novación modificativa de un contrato sujeto a la LCCI, no cabrá estimar excluido ese crédito del ámbito de la LCCI, pues éste seguirá siendo el mismo. En cambio, si la novación es extintiva y surge un nuevo crédito o si nace un nuevo crédito sin extinción del anterior, éste es el que realmente quedará expulsado de la órbita de esta legislación especial.

Y, en último lugar, la LCCI no se aplica a la hipoteca inversa acogiendo en este punto la posibilidad que el artículo 3.3.b) de la Directiva 2014/17/UE brindaba al legislador, quien, acogiendo los dictados del artículo 3.4 de este instrumento jurídico comunitario, acordó ofrecer un marco jurídico que acaso estimó más adecuado para la regulación de este tipo de contratos y establecer así un elevado nivel de protección a través de la regulación contenida en el capítulo II bis de la Orden EHA/2899/2011 que regula el proceso de su contratación.

---

(58) RRDGSJyFP 28 octubre 2021 (RJ 2021, 5841) y 23.11.2021 (RJ 2021, 5862).

### 3.4 Normativa de desarrollo de la LCCI

La LCCI ha sido parcialmente desarrollada a través del Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, así como por medio de la Orden ECE/482/2019. En particular, el artículo 2.4 de esta Orden procedió a modificar la Orden EHA/2899/2011 a fin de acomodarla a los dictados de la LCCI y desarrollar así las disposiciones contenidas en los artículos 6.2, 16.2, 17.4, 20.3 y 23.8, así como en el apartado 2 de la disposición final decimoquinta de este texto legal.

De ahí que, ahora, el artículo 19 Orden EHA/2899/2011 aclare que las disposiciones contenidas en sus rts. 20 a 32 resultan de aplicación a las actividades realizadas por cualquier prestamista, intermediario de crédito o su representante que opere en España dirigidas o relacionadas con el diseño, el proceso de comercialización, la concesión, la gestión y el cumplimiento de los contratos de préstamo inmobiliario incluidos en el ámbito de aplicación de la LCCI.

No obstante, conviene tener presente que esta Orden ECE/482/2019 procedió a introducir en la Orden EHA/2899/2011 un nuevo Capítulo II bis (arts. 32 septies a 32 duodecies) para así regular la hipoteca inversa; hipoteca a la que, como ya se vio, no se le va a aplicar la LCCI.

De otra parte, conviene tener presente que la disposición final tercera de esta Orden EHA/2899/2011 habilitaba al Banco de España para dictar las normas precisas para su desarrollo y ejecución. Como consecuencia de esta habilitación puede verse la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos cuyo ámbito subjetivo de aplicación se limita, como ya su rúbrica indica, únicamente a las entidades de crédito.

Si bien se mira, todas estas normas de desarrollo, por su contenido, tienen como fin imponer reglas de conducta a los agentes que actúan en un mercado sujeto a supervisión, tal y como así, de otra parte, resulta de las previsiones del artículo 5 de la Ley 10/2014 y del artículo 43 LCCI.

### 3.5 Legislación autonómica y LCCI

Con anterioridad a la LCCI, algunas Comunidades Autónomas ya habían legislado en la materia sobre la que luego incidiría este texto legal [especialmente, *vid.* Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña (arts. 261-1 a 263.2) y la Ley 3/2016, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos

hipotecarios sobre la vivienda<sup>(59)</sup>]. Algunas otras, casi paralelamente a la LCCI regulan materias incluidas en su ámbito de influencia (*vid.* así, por ejemplo, artículos 91 y 93 de la Ley 3/2019, de 22 de marzo, del Estatuto de las Personas Consumidoras en Castilla-La Mancha).

Frente a la posible confluencia de una competencia autonómica en materia de consumo y, en algunas Comunidades Autónomas, en materia de legislación civil<sup>(60)</sup>, tampoco conviene orillar la posible concurrencia de títulos competenciales a favor del Estado *ex* artículos 149.1.1.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup>, 8.<sup>a</sup>, 11.<sup>a</sup> y 13.<sup>a</sup> CE, tal y como así reconoce la disposición final 1.<sup>a</sup> LCCI.

Por eso mismo, la disposición adicional quinta LCCI aclara que, sin perjuicio del desarrollo de la legislación básica estatal que realicen las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las competencias asumidas estatutariamente, en aras de la unidad de mercado, la normativa autonómica «deberá respetar los modelos normalizados de información que se establezcan por la normativa básica, y no podrá exigir adicionar documentación complementaria que pueda producir confusión en el prestatario y distorsione el objeto de la normativa básica de transparencia». De esta forma, como así se evidencia en la RDGSJyFP 30 julio 2021 (RJ 2021, 4421), la LCCI ha limitado las competencias autonómicas en este punto, por lo que, ahora, la competencia legislativa sobre el control de la transparencia material es estatal.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ A., «Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo» en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Dir. Carrasco Perera, A.; edit. Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- «La irrelevancia del régimen económico del matrimonio en la condición de consumidoras de las fiadoras de cónyuges comerciantes»; *RDP*, mayo-junio 2023.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Opciones legales para la transposición pendiente de la Directiva 2014/17/UE y cuestiones concretas de los contratos de crédito para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial». En *RDP*, mayo-junio 2016.
- BARRAL VIÑALS, I., «El cliente y el consumidor de servicios financieros de préstamo hipotecario» en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Dir. Lauroba Lacasa, E. / Tarabal Bosch, J.; edit. Marcial Pons, Madrid, 2012.

---

(59) Cfr. STC 72/2021, de 18 de marzo.

(60) *Vid.* STC 132/2019, de 13 de noviembre.



- CARRASCO PERERA, A., «Funciones notariales en la comprobación de la transparencia y en la titulación del contrato» en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*; edit. Thomson-Reuters/Aranzadi, 2019.
- CORDERO LOBATO, E., Sub. Capítulo 15 en *Tratado de los derechos de garantía*, I, 4.<sup>a</sup> ed.; edit. Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- ORDÁS ALONSO, M., «La contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios en la Ley 2/2009, de 31 de marzo»; *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9/2009 –BIB 2009\758–.
- *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos (especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia)*; edit. Bosch, Barcelona, 2014.
- SAÉNZ DE JUBERA HIGUERO, B., *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*; edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

## A. VIVIENDA HABITUAL Y CRÉDITO HIPOTECARIO

### A.3 Acceso al crédito hipotecario. Deber de Transparencia \*

**Segismundo Álvarez Royo-Villanova**

*Notario. Doctor en Derecho*

*salvarez@notariado.org*

**Resumen:** *El acceso al crédito hipotecario es clave para el acceso a la propiedad de la vivienda. El sistema español había sido una pieza clave en la generalización de la vivienda en propiedad, pero la crisis de 2008 y la nueva jurisprudencia sobre consumidores pusieron en cuestión su justicia y sostenibilidad. Una de las cuestiones más problemáticas fue la aplicación del concepto de transparencia material en estos contratos, a partir de la anulación de la cláusula suelo. Se analiza la evolución de la jurisprudencia y los efectos que ha tenido la Ley de Crédito Inmobiliario en la aplicación del principio de transparencia, en particular el papel central que la ley confiere al notario en esta materia.*

**Palabras clave:** *Crédito inmobiliario. Hipoteca. Transparencia.*

---

\* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR). Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00).

**Abstract:** *Access to mortgage credit is key to access to home ownership. The Spanish system had been a crucial factor in the widespread ownership of homes, but the 2008 crisis and new consumer jurisprudence raised questions about its fairness and sustainability. One of the most problematic issues was the application of the concept of material transparency in these contracts, following the nullification of the floor clause. This analysis examines the evolution of jurisprudence and the effects that the Real Estate Credit Law has had on the application of the principle of transparency, particularly the central role that the law assigns to the notary in this matter.*

**Keywords:** *Real Estate Credit. Mortgage. Transparency.*

**Sumario:** 1. Introducción: acceso a la vivienda y al crédito hipotecario. 2. Acceso a la vivienda y transparencia: el objetivo de la regulación en la Ley 5/2019, de Contratos de Crédito Inmobiliario. 3. El concepto de transparencia formal. 4. El concepto de transparencia material. 5. La transparencia en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. 5.1 Objetivos y plazo de la información. 5.2 Contenido de la información. 6. El notario y la transparencia: actuaciones y efectos. 6.1 La justificación de la intervención notarial. 6.2 Ámbito de aplicación del acta previa. 6.3 Procedimiento de entrega de la documentación, 6.4 Al acta previa ante notario. 6.5 Los efectos de la intervención notarial: ¿Acreditación o presunción de transparencia? 7. Conclusión.

## 1. INTRODUCCIÓN: ACCESO A LA VIVIENDA Y AL CRÉDITO HIPOTECARIO

Como reconoce la propia Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante LCCI), el sistema hipotecario español ha favorecido que España sea un país de propietarios de su vivienda habitual. En efecto, alrededor de un 75 % de los españoles son propietarios de su vivienda habitual, por encima de la media europea (69 %) y de EE. UU. (65 %). Esto ha sido posible gracias al recurso al crédito hipotecario. En la actualidad cerca del 80 % de las viviendas habituales se compran con hipoteca, y del restante 20 %, la mayor parte son personas que compran con lo obtenido por la venta de una vivienda adquirida con hipoteca.

Los economistas y sociólogos enumeran los efectos positivos de la generalización de vivienda en propiedad. En el ámbito económico, ser propietario de una vivienda actúa como una forma de ahorro e inversión a

largo plazo. A medida que los propietarios pagan sus hipotecas, van acumulando capital en su vivienda, lo que incrementa su patrimonio y les ofrece una fuente de estabilidad financiera. Esta acumulación de capital puede ser clave para financiar otros proyectos personales o para la jubilación, lo que reduce la dependencia futura de ayudas sociales. Por otra parte, la propiedad de la vivienda tiende a fomentar la estabilidad en los hogares, ya que los propietarios no están sujetos a las fluctuaciones del mercado de alquiler. Pero los efectos más importantes son sociales, pues una alta tasa de propiedad de la vivienda promueve la cohesión comunitaria, y se traduce en comunidades más seguras y mejor organizadas, donde los residentes colaboran en el mantenimiento y mejora de los espacios públicos. Asimismo, tener una vivienda en propiedad influye positivamente en la calidad de vida de los individuos y familias. En resumen, una alta tasa de propiedad de la vivienda habitual genera beneficios tangibles en términos de estabilidad económica, cohesión social y mejora del bienestar individual, lo que puede contribuir al desarrollo y la prosperidad de las comunidades a largo plazo<sup>(1)</sup>.

Por supuesto, no todos los efectos de la alta tasa de propiedad son positivos, pues se puede producir un sobre endeudamiento y puede reducir la movilidad laboral. Sin embargo, es evidente que es un elemento fundamental tanto económico como de cohesión social: no hay más que ver como las actuales dificultades para el acceso a la propiedad de la vivienda de los jóvenes se contemplan como un grave problema social<sup>(2)</sup>. En consecuencia, es esencial el acceso al crédito hipotecario. Lo que corresponde estudiar ahora es la importancia de la transparencia en el mercado hipotecario y su actual regulación.

## 2. ACCESO A LA VIVIENDA Y TRANSPARENCIA: EL OBJETIVO DE LA REGULACIÓN EN LA LEY 5/2019 DE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

La LCCI tenía como objeto inicial trasponer la Directiva 2014/17 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, pero se proponía también adaptar nuestra regulación a la nueva jurisprudencia sobre consumidores del TJUE y del TS posterior a la crisis de 2008, derivada de la aplicación de la

---

(1) DIPASQUALE, D., y WHEATON, W., 1994.

(2) SALAS ROJO, P. 2024.



Directiva de Consumidores 93/13. Pero desde el punto de vista de sus objetivos de fondo, tiene el doble objetivo de conseguir la protección del consumidor y la seguridad del tráfico, regulando los dos ámbitos que han dado lugar a casi todos los litigios: por una parte, garantizando que los contratos cumplan con las exigencias de transparencia formal y material; por otra, reduciendo la posibilidad de que contengan cláusulas abusivas.

Esto último se consigue estableciendo normas imperativas sobre aspectos del contrato respecto de los que se habían producido abusos: intereses de demora, vencimiento anticipado, gastos, cambio de moneda en préstamos en divisa, etc... No hay que olvidar que de acuerdo con el artículo 1.2 de la Directiva 13/1993 y la jurisprudencia del TJUE, las cláusulas que reproduzcan normas legales no están sometidas al control de abusividad. CAMARA<sup>(3)</sup> señala que esto no supone una protección total frente a la revisión judicial, citando la STJUE de 25 de enero de 2015 (Unicaja) relativa a los intereses de demora, que entendió que el límite legal del artículo 114 LH no excluía el carácter abusivo de intereses que cumplieran ese límite. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en ese caso el TJUE argumentaba (a mi juicio de forma errónea)<sup>(4)</sup> que se trataba de una norma que no estaba dirigida específicamente a contratos con consumidores. Eso no sucede con las normas de la LCCI a las que nos hemos referido, que están específicamente dirigidas a los contratos con consumidores. No cabe duda que es así, pues está expresa y específicamente destinada a trasponer la Directiva 2014/17/UE cuyo artículo 1 concreta que su ámbito es el del crédito al consumidor. El que expresamente extienda su protección a personas físicas que actúen dentro de su esfera empresarial o profesional no las convierte en normas generales.

Pero donde la ley introduce mayores novedades es en la materia que nos ocupa: la transparencia. Para garantizar la transparencia se introducen nuevas normas que tratan de asegurar que el deudor reciba con antelación suficiente una información completa y que pueda comprender, también con suficiente antelación, su trascendencia jurídica y económica real. Se otorga un papel central al notario, que examino al final. Recordemos que en todo caso el deber de transparencia es algo que corresponde a la entidad financiera, de manera que las medidas tomadas, y en particular la intervención notarial, no pueden trasladar al notario esa obligación. Sin embargo, el sistema, como veremos, sí puede contribuir de manera decisiva a que se consiga.

---

(3) CÁMARA LAPUENTE, S., 2019.

(4) ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., 2016.

Conviene insistir en que la intención de la ley de garantizar al mismo tiempo la protección del consumidor y seguridad jurídica no es contradictoria. Si se expulsan las cláusulas abusivas de los contratos regulando por ley algunas cuestiones accesorias (gastos, intereses de demora, etc...) se está protegiendo sin duda al consumidor. El que este después no pueda reclamar ante los tribunales por abusividad no supone una menor protección de aquel, sino simplemente la consecuencia de que está adecuadamente protegido por una norma que sustrae esa cláusula del ámbito contractual y por tanto de las condiciones generales de la contratación.

Lo mismo cabe decir en materia de transparencia. Hay que tener en cuenta los perturbadores efectos sobre el mercado hipotecario que tuvo la STS de 9 de mayo de 2013 sobre la cláusula suelo, como ha destacado la doctrina<sup>(5)</sup>. Si la nueva ley consigue –con la participación de los notarios en particular– que los prestamistas proporcionen información suficiente y tempestiva a los prestatarios para que puedan decidir sobre la contratación, esto supone una mayor protección para el deudor, pues le permite conocer las condiciones y sus consecuencias mejor, y comparar mejor las ofertas. Es verdad que al mismo tiempo que las reclamaciones sobre estas cuestiones se reduzcan (aunque sigan siendo posibles, como veremos). Pero esto no supone que los deudores están más desprotegidos sino lo contrario: sencillamente se evita que quien esté adecuadamente informado trate de no cumplir sus obligaciones alegando una causa falsa. Las críticas al refuerzo de la transparencia con la intervención notarial parecen más bien motivadas por el indudable daño que una mayor seguridad jurídica supondrá para la nueva industria de reclamaciones en masa que ha crecido en España al calor de la jurisprudencia relativa a la cláusula suelo. Y a mi juicio esa industria repercute de manera indirecta pero claramente negativa en el acceso a la vivienda: supone un aumento de costes y riesgo para las entidades financieras, que obviamente repercuten en un mayor coste del préstamo y seleccionando a los prestatarios más solventes, en perjuicio del acceso al crédito de las clases medias y bajas.

Además, hay que señalar que el sistema hipotecario español ha resultado razonablemente competitivo a nivel europeo. Durante la mayor parte de los últimos 25 años los tipos de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda en España han sido más bajos que la media de Europa o de EE. UU.<sup>(6)</sup> Es cierto que en los últimos años (y en la actualidad) los tipos están en la media europea, no por debajo<sup>(7)</sup>. Pero en todo caso la situación es mucho mejor que la del crédito al consumo, que es de los más caros de

---

(5) ALONSO PÉREZ, T., 2022.

(6) [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/01/27/mercados/1485535372\\_657122.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/01/27/mercados/1485535372_657122.html).

(7) <https://www.bankinter.com/blog/finanzas-personales/comparativa-hipotecas-europa>.

Europa<sup>(8)</sup>. Esto demuestra que el sistema notarial/registral de seguridad jurídica y en general la regulación otorga unas garantías a los bancos que ofrece seguridad y por tanto permite ofrecer tipos más bajos.

Por ello hay que rechazar los discursos típicos de la época post-crisis de que el sistema hipotecario español era una forma de «estafa» a los consumidores. Lo que se produjo entonces fue una combinación de una burbuja inmobiliaria, una profunda crisis económica, y una pésima gestión por los bancos de los impagos de las hipotecas sobre vivienda habitual. Las consecuencias económicas y sociales fueron gravísimas, y pusieron en cuestión el propio sistema. Pero obviamente la solución no era destruir un sistema que había funcionado bien durante décadas sino reformarlo.

Habría que añadir que la transparencia es también necesaria no solo para la adquisición sino para el mantenimiento de esa propiedad. Es fundamental que el comprador y prestatario comprenda perfectamente las consecuencias jurídicas y económicas del préstamo para evaluar su capacidad de repago. Un buen ejemplo es el de los préstamos concedidos en divisas. Mientras que las famosas cláusulas suelo tenían un escaso efecto sobre la capacidad de pago, pues solo impedían una bajada por debajo de una cuota que casi siempre era inferior a la que se pagaba inicialmente, con los préstamos en divisas la situación era muy distinta. Las importantes variaciones en los tipos de cambio producían subidas importantes del importe debido en euros, y por tanto las cuotas en euros subían de manera notable, aumentando de manera grave el riesgo de impago. En este tipo de préstamos era muy complicado que una persona que recibía sus ingresos.

### 3. EL CONCEPTO DE TRANSPARENCIA FORMAL

La transparencia formal en los contratos de crédito, también conocida como control de incorporación, es un concepto jurídico que se refiere a la obligación de las entidades financieras de redactar y presentar las cláusulas contractuales de manera clara, comprensible y accesible para el consumidor medio. A diferencia de la transparencia material, que se enfoca en garantizar que el consumidor puede comprender los efectos de los elementos esenciales del contrato, la transparencia formal se concentra exclusivamente en cómo se redactan y presentan las cláusulas. Su objetivo principal es asegurar que cualquier persona, sin conocimientos técnicos o jurídicos avanzados, pueda comprender el contenido del contrato que está firmando.

---

(8) [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2016/10/07/mercados/1475868986\\_749016.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2016/10/07/mercados/1475868986_749016.html).

Su concepto se deriva de los artículos 5 y 7 de la LCGC. El 5 exige que se dé efectivamente esa información y sea firmada por las partes y el 7 la la necesidad de que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles. No se trata solo de que las cláusulas estén disponibles, sino de que el lenguaje sea tal que el consumidor pueda entenderlo sin esfuerzo adicional.

La transparencia formal se exige de todas las cláusulas del contrato, tanto de las que regulan aspectos fundamentales del contrato (tipo de interés o los plazos de amortización), como de las accesorias (comisiones por impago, vencimiento anticipado). El efecto de la falta de transparencia formal es la no incorporación de la cláusula al contrato, como establece el artículo 7 LCGC. Recordemos que estas normas se aplican a las condiciones generales, es decir a las predispuestas en los contratos, que son prácticamente todas en todos los casos. No se aplicará en el caso de que se hayan negociado individualmente. El TS ha precisado que el hecho de que sea una condición esencial no implica que no sea condición general de la contratación. Es cierto que las condiciones esenciales se negocian en ocasiones, dejando de ser en ese caso una condición general, pero el TS ha declarado que la prueba de esa negociación corresponde al empresario (STS 241/2013 de 9 de mayo).

Como señala Esquirol, la consecuencia de la falta de incorporación es más rigurosa que la del vicio del consentimiento (anulabilidad) pues determina la nulidad de la cláusula.

La transparencia formal no solo es un mecanismo de protección, sino una obligación de las entidades financieras, que deben informar adecuadamente a los consumidores, en el caso de los contratos de créditos inmobiliarios conforme al artículo 14 LCCI.

#### 4. EL CONCEPTO DE TRANSPARENCIA MATERIAL

Aunque la LCCI modifica las reglas de transparencia formal, garantizando la entrega de la información en su artículo 14, la verdadera novedad es su regulación de la transparencia material. La Directiva 2014/17 no la exigía, pero la LCCI no solo trata de mejorar la protección del prestatario, sino, además, devolver la seguridad jurídica al crédito hipotecario. Y justamente era la nueva jurisprudencia sobre transparencia material, y en particular la conocida de 9 de mayo de 2013 sobre la cláusula suelo, la que generó mayor litigiosidad e inseguridad.

El origen del concepto de transparencia material no es legal sino jurisprudencial, e incluso ahora la LCCI –aunque se refiere reiteradamente a

él— no lo define, lo que ha sido muy criticado por la doctrina<sup>(9)</sup>, lo que nos obliga a repasar su evolución en la jurisprudencia.

Hay que comprender en primer lugar cuál es el fundamento de ese examen de transparencia material. La STS de 23 de marzo de 2017 dice que *«tiene su justificación en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, según el cual el control de contenido no puede referirse a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación del precio y retribución»*. El artículo 4.2 dice en concreto: *«La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»* (subrayado añadido).

Se ha discutido si ha de aplicarse esa exclusión en nuestro Derecho, pues la legislación de consumidores no tiene una regla equivalente al artículo 4.2. Con razón CÁMARA<sup>(10)</sup> ha lamentado que no se haya aprovechado la nueva ley para recoger expresamente la exclusión del examen de abusividad en estos casos. Pero la falta de ese reconocimiento expreso no impide que nuestro ordenamiento debe ser interpretado en ese sentido, tal y como lo ha hecho nuestro TS en la STS 406/2012, de 18 de junio, reiterada su doctrina por la de 9 de mayo de 2013<sup>(11)</sup> y en otras posteriores.

La razón de que el precio y el objeto principal se excluyan del examen de abusividad es que sobre este elemento sigue operando, aún en la contratación en masa, el principio de autonomía de la voluntad: el consumidor es libre de contratar o no y la competencia entre prestamistas debe garantizar que pueda obtener el mejor precio. En ese sentido el precio siempre es objeto de negociación. Es cierto que a menudo el cliente no puede negociar el tipo de interés que le ofrece una determinada entidad, pero puede (y es lo que sucede a menudo) acudir a diversos bancos y elegir la mejor oferta. Esto es muy distinto de lo que sucede con las cláusulas no esenciales: estas no solo no se negocian, sino que ni siquiera las tiene en cuenta el consumidor, muchas de ellas (intereses de demora, vencimiento anticipado) porque piensa que nunca entrarán en juego, y en las demás porque no le resulta económicamente rentable ese análisis ni la búsqueda de otro banco con mejores condiciones accesorias. Por ello, la normativa de consumidores permite anular esas cláusulas si son abusivas, aunque fueran claras y conocidas por el consumidor. Este, en cambio, sí presta atención al precio y a la prestación esencial, y lo negocia

(9) CÁMARA LAPUENTE, S., 2019, p. 2.

(10) CÁMARA LAPUENTE, S., ob. cit., p. 3.

(11) ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA. S., 2019.

con el prestamista o acudiendo a la competencia, y por ello no es necesario que los jueces los controlen. Tampoco sería conveniente, pues si los jueces pudieran –y en consecuencia debieran– enjuiciar si el precio en todos los contratos con consumidores es o no justo, no nos encontraríamos ya en la economía de mercado que consagra el artículo 38 de nuestra Constitución.

Sin embargo, para que verdaderamente exista un consentimiento sobre estos elementos esenciales, es necesario que el consumidor pueda realizar la comparación entre los elementos esenciales de las distintas ofertas, y para ello es imprescindible que sean perfectamente transparentes, es decir que estén claros sus términos y consecuencias. Como señala la STS de 9 de marzo de 2017 *«la regla de irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el deudor antes de su celebración»*.

El TJUE habla de transparencia material por primera vez en el Caso C-92/11 – RWE Vertrieb, referido a contrato de gas. Para que el consumidor pueda conocer los efectos económicos de ese contrato el TJUE requiere que se exponga *«de manera transparente el motivo y el modo de variación del coste»* y que el consumidor pueda *«rescindir el contrato en caso de que el coste se modifique efectivamente»*.

En el caso C-26/13 – Kásler and Káslerné Rábai se trataba de un préstamo en moneda extranjera con una cláusula muy oscura en cuanto a la forma en que se realizaba el cambio de moneda. El TJUE entiende que en esas condiciones no se cumple el requisito de que *«el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo [...] de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo»*. En sentido similar la STJUE C-348/14 – Bucura dice que el contrato tiene que permitir *«evaluar... las consecuencias económicas de su aplicación a efectos de calcular las mensualidades que deberá abonar en definitiva y, por lo tanto, el coste total de su préstamo»*.

La primera sentencia del TS que habló del control de transparencia acerca de las condiciones principales fue la 406/2012, de 18 de junio, si bien la que terminó de construir el concepto fue la STS de 9 de mayo de 2013, relativa a las cláusulas suelo. En ambas se habla de un doble control de incorporación y transparencia, y no de control de transparencia formal y material, que es la terminología que se ha impuesto después a través de la jurisprudencia del TJUE. Considera que la transparencia formal se refiere a la comprensibilidad gramatical de las cláusulas y la transparencia material a la posibilidad de comprender las consecuencias jurídicas y económicas del contrato.



La STS de 9 de mayo de 2013 adopta un concepto excesivamente exigente de la transparencia material. El argumento central (así lo entendió el Abogado General en la STJUE Gutierrez Naranjo, de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, que revocó la sentencia en relación con los efectos del reconocimiento de la falta de transparencia)<sup>(12)</sup> es que el banco no ha aportado suficiente información sobre los efectos del suelo o tipo de interés mínimo. Argumenta la sentencia que *«no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés»* y que *«no hay información clara y comprensible del coste comparativo con otras modalidades de préstamo»*. Lo que pide el TS no es que el deudor conozca cuánto va a tener que pagar como mínimo –como en el caso Bucura–, lo que en el caso de una cláusula suelo no tiene especial complejidad. Lo que exige es que el banco le explique todas las consecuencias económicas comparadas con las posibles alternativas de préstamos, y todo ello en función de diversos escenarios de tipos de interés en el futuro. Se trataría, por tanto, de comparar las cuotas del préstamo contratado con las que resultarían de aplicar otras ofertas de préstamos sin suelo –que normalmente tenían un diferencial más alto– y de préstamos a interés fijo, todo ello con diversos escenarios de evolución de tipos de interés. Esto se separa de la doctrina del TJUE, según la cual la transparencia material supone solo conocer los efectos concretos de esa cláusula, no que el empresario esté obligado a hacer la comparación con todas las ofertas ni a predecir los escenarios futuros.

Este exceso se ha dio corrigiendo con posterioridad. Por ejemplo, la STS de 9 de marzo de 2017, también relativa a una cláusula suelo, consideró que los hechos probados *«muestran claramente que el prestatario conocía la existencia y el alcance de la cláusula suelo litigiosa»*. Parte de la idea de que es necesario que el consumidor pueda con la información suministrada tener un *«conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato»*. El tribunal, a mi juicio, reinterpreta la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, pues entiende que su ratio dice que *«era básicamente que la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo... y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito»*. Como vemos, no se habla ya de la necesidad de escenarios y de intereses previsibles, sino de carácter sorpresivo, que era el argumento más atendible de los señalados por la

---

(12) GOMÁ, I., y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «El TJUE declara la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo, desautorizando a nuestro TS», *Blog Hay Derecho*. <https://hayderecho.com/2016/12/22/el-tjue-declara-la-retroactividad-de-la-nulidad-de-las-clausulas-suelo-desautorizando-a-nuestro-ts/>.

sentencia. La STS de 10 de abril de 2018 reitera que lo que exige respecto del suelo no es la simulación de escenarios, sino que en la información precontractual *«se informe sobre la existencia de ese suelo y su incidencia en el contrato, con claridad y dándole un tratamiento principal»*. Esto se confirma también por la STS 669/2017 relativa a la transparencia del índice IRPH. En la misma se dice que *«subyace bajo la argumentación del demandante/recurrido y de la Audiencia Provincial que la transparencia habría exigido que la entidad prestamista hubiera informado al cliente sobre el comportamiento futuro del IRPH, lo que por definición es imposible...»*. Añade que no hay obligación del banco de ofrecer otros préstamos ni por tanto hay que confundir la obligación de información con una responsabilidad por asesoramiento. Destaquemos que en el informe del Abogado General en la cuestión prejudicial planteada sobre este tema al TJUE (C-125-18), se dice que *«es importante no confundir la exigencia de transparencia... con la obligación de asesoramiento, que no recoge la citada Directiva»* (núm. 114).

No obstante, hay que tener en cuenta que esa información ha de ser proporcionada al deudor con antelación suficiente como ha declarado repetidamente el TS (STS 8 de junio de 2017, 7 de noviembre de 2017, 16 de noviembre de 2017, 24 de noviembre de 2017, 24 de enero de 2018, 23 de marzo de 2018) pues solo de esa forma podrá el deudor tener tiempo para decidir si las condiciones le convienen.

Por tanto, la transparencia material consiste en proporcionar información suficiente para un consumidor medio, de manera que no haya nada que afecte a las prestaciones esenciales que pueda pasarle inadvertido, con antelación suficiente para que un consumidor medio pueda decidir no firmar la operación. Se trata de un estándar objetivo, esto es, que no depende de la comprensión real sino de que se ofrezca esa información<sup>(13)</sup>.

En cuanto a las consecuencias de la falta de transparencia, se ha discutido si implica la nulidad directa o simplemente abrir la puerta al análisis de abusividad. Marin Lopez<sup>(14)</sup> entiende que las STS de 24 de marzo de 2015, 23 de diciembre de 2015 y 3 de junio de 2016 avalan la primera postura. En el mismo sentido se pronuncia ESQUIROL, basándose en la nueva redacción 5.5 LCGC, que declara nulas las condiciones generales incorporadas a los contratos de forma no transparente en perjuicio del consumidor. EN sentido contrario se pronuncia CAMARA. Hay que tener en cuenta que la LCGC y la LCCI al declarar directamente la nulidad de las cláusulas no transparentes siempre que perjudiquen al consumidor, parecen exigir el examen del desequilibrio en perjuicio del consumidor. La

(13) CÁMARA LAPUENTE, S., 2019.; PERTÍNEZ VILCHEZ, 2019.

(14) MARÍN LÓPEZ, M. J., 2019, pp. 257 ss.



posición de Camara es la acertada a la luz de la jurisprudencia del TS y del TJUE. Así, la STS 991/2020 deja totalmente claro que la falta de transparencia de las condiciones esenciales simplemente abre la puerta al control de abusividad, no supone la nulidad directamente. La STS 19/04/2022 confirma esta doctrina señalando que la consecuencia no es la nulidad sino el examen de abusividad, como resulta de las SSTJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler; de 26 febrero de 2015, C-143/13, Matei; de 20 de septiembre de 2017, C-186/16, Andriuc).

Una vez definido el ámbito de la transparencia se plantea el problema de la prueba de la misma. La STS de 9 de mayo de 2013 considera que no se cumple necesariamente ni con el cumplimiento de la normativa bancaria ni con la explicación por el notario, pues esta tiene lugar en el momento de la contratación y no con anterioridad. Son inútiles las declaraciones genéricas de «conocer y aceptar» todas las condiciones del préstamo (STS 26 enero 2018) aunque sean manuscritas. Además el TS tanto en la STS de 9 de mayo de 2013 como en las posteriores entienden que la carga de la prueba corresponde al prestamista. Sentencias posteriores manifiestan que la información notarial puede tener trascendencia en la prueba pero (STS 8 de junio de 2017, 7 de noviembre de 2017, 16 de noviembre de 2017, 24 de noviembre de 2017, 24 de enero de 2018, 23 de marzo de 2018) *«no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual»*. Por tanto la prueba del cumplimiento de ese deber es en la práctica difícil: es necesario probar que la documentación entregada es suficiente para que un consumidor medio pudiera prever los efectos económicos, y además es necesario que eso se haga con la antelación suficiente.

## 5. LA TRANSPARENCIA EN LA LEY DE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

### 5.1 Objetivos y plazo de la información

La ley regula detalladamente la información precontractual a facilitar. No se trata de una novedad, pues había sido ya regulada en nuestro derecho de forma detallada desde la Orden de 5 de mayo de 1994, pero se amplía el contenido y se regula su forma y plazo de antelación.

El artículo 10 determina sus objetivos. El primero es que el prestatario pueda comparar esas condiciones con las ofrecidas por otros prestamistas. Esto –como ya hemos visto– no significa que el prestamista le ofrezca comparaciones con otros productos del mercado, sino que tiene que tener



la información completa con una antelación suficiente. El segundo es que pueda evaluar sus implicaciones, lo que supone comprender las consecuencias jurídicas y económicas. El tercero es decidir sobre la «*conveniencia o no de celebrar un contrato de préstamo*», pero en realidad es una consecuencia de lo anterior: comprender los efectos le debe permitir evaluar si va a poder hacer frente al préstamo, aunque también comprobar si otro le conviene más.

La LCCI establece que toda la información se tiene que entregar con un mínimo de diez días de antelación a la fecha de la firma del contrato (art. 14.1), lo que ha sido interpretado por la DGRN excluyendo el de la puesta a disposición y de la firma. Por supuesto, la escritura puede otorgarse pasado ese plazo, pues se trata de un mínimo. Lo mismo hay que defender respecto del acta notarial, a pesar de la desafortunada redacción del artículo 15, que parece obligar a cerrar el acta si a los 10 días desde la recepción de la información no se ha otorgado el acta.

El elemento fundamental de la información es la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), que cumple además la finalidad de constituir una oferta vinculante para la entidad durante el plazo pactado que, como mínimo, deberá de ser de diez días (art. 14.1.a). A mi juicio, este plazo mínimo es demasiado breve, pues no había ninguna necesidad de hacerlo coincidir con el de la antelación de la información (en la Orden EHA/2899/2011 se fijaba un plazo mínimo de vigencia de 14 días).

## 5.2 Contenido de la información

El artículo 14 LCCI regula los documentos que se han de entregar.

El primer documento obligatorio es la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN). Su objeto es incluir todas las condiciones financieras de la operación, y su contenido se detalla en el Anexo I de la LCCI.

El segundo documento es la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE). Este documento –no exigido por la Directiva– se presenta por separado para llamar la atención del deudor sobre determinadas cláusulas que se consideran especialmente sensibles o peligrosas para los intereses del deudor (índices de referencia, suelo, vencimiento anticipado, gastos). En realidad, la redacción definitiva de la LCCI convirtió este documento en superfluo, pues estas cláusulas o están prohibidas (suelo) o vienen ya fijadas por ley (tipo de demora, vencimiento anticipado) o se reflejan en otros documentos (gastos).

En el caso de préstamos a interés variable, es necesario un documento que muestre el cálculo de cuotas en distintos escenarios de tipo de

interés. Se han de mostrar las cuotas a las que daría lugar la aplicación los «*niveles máximos, medios y mínimos que los tipos de referencia hayan presentado durante los últimos veinte años*». Se ha ampliado el plazo de 15 a 20 años pero a mi juicio se debía aplicar el plazo total del préstamo, es decir, por 20 años si el plazo es de veinte años o por los de los últimos 25 o 30 años si ese es el plazo total.

Se obliga también a entregar «*una copia del proyecto de contrato*». Entiendo que no basta con un borrador genérico, sino que debe incluir las condiciones financieras pactadas, aunque estas figuren también en la FEIN. Se exige también un documento especial sobre la distribución de gastos, totalmente innecesario ahora que la ley la fija.

La letra f) exige que, en el caso de que se exija un contrato de seguro de amortización o de daños, se entregue un documento con «*las condiciones de las garantías del seguro que se exige*». Esto plantea la duda de si esto es necesario solo cuando el seguro es un producto vinculado o también cuando es combinado, es decir, que el deudor puede o no suscribirlo. Entiendo que solo es exigible en el caso de los vinculados, pues cuando el deudor puede acudir a otros proveedores y por ello necesita saber cuáles son las condiciones que el banco exige (art. 17.3 LCCD).

No se establece ningún límite de contenido a estos seguros. De *legge ferenda* debería establecerse un modelo (como existe en Francia) en el que se especificaran las condiciones de los seguros que se pueden exigir. Por otra parte debería establecerse la necesidad de que los seguros fueran renovables anualmente para que la posibilidad de presentar seguros alternativos fuera real.

Finalmente, el 14.2 precisa que la entrega de la documentación no agota las obligaciones de información del prestamista, que se deberán complementar con otra información necesaria en el caso concreto y con las repuestas a las preguntas del prestatario.

La ley no regula la forma de remisión al consumidor de estos documentos, por lo que cualquiera será válida. Lo que sí es necesario es que una vez recibida el consumidor firme una declaración «*en la que declare que ha recibido la documentación y que le ha sido explicado su contenido*». Toda la documentación junto con esta manifestación «*deberá remitirse también al notario elegido por el prestatario a los efectos de lo dispuesto en el artículo siguiente. La remisión de la documentación se realizará por medios telemáticos seguros*». A partir de ese momento, se pasa a una segunda fase que es la del control y asesoramiento por el notario, que pasamos a examinar.

## 6. EL NOTARIO Y LA TRANSPARENCIA: ACTUACIONES Y EFECTOS

### 6.1 La justificación de la intervención notarial

La Exposición de Motivos encuadra la actuación del notario dentro del reforzamiento de la información precontractual para que exista la transparencia material. Dice que la información precontractual *«se complementa atribuyendo al notario la función de asesorar imparcialmente al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato, y de comprobar que tanto los plazos como los demás requisitos que permiten considerar cumplido el citado principio de transparencia material»*.

Como vemos, y ha señalado la doctrina<sup>(15)</sup> se da un papel central al notario, y la contribución de este se realiza en dos ámbitos. Por una parte, habla de que «se atribuye» al notario la función de asesorar, aunque como ya he dicho esta ya le corresponde por el artículo 147 del Reglamento Notarial, el artículo 81.2 de la LGDCU, y las normas de transparencia bancaria (Orden EHA/2899/2011). En realidad, la novedad es lo segundo, que como se titula el artículo 15 es la «comprobación de la transparencia material», es decir que la entidad cumple esa obligación, comprobando los plazos de entrega de documentación y que esta es completa. Como señala ALONSO PEREZ, esta comprobación abarca tanto la transparencia material como la formal, pues se extiende a toda la documentación<sup>(16)</sup>.

### 6.2 Ámbito de aplicación del acta previa

En el aspecto subjetivo se extiende no solo a los prestatarios que hipotecan su vivienda habitual, sino a cualquier persona física que contrate *«préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial»* (art. 2.1.a). Los préstamos no hipotecarios pero *«cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir»*, están sujetos a la ley cuando el prestatario sea un consumidor (art. 2.1.b), pero la instrucción DGRN 20/12/2019 considera que no se les aplica el acta previa.

La obligación de comparecencia ante el notario corresponde también *«a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo»*, lo cual

---

(15) ALONSO PÉREZ, ob. cit., p. 140.

(16) ALONSO PÉREZ, ob. cit., p. 144.

incluye a fiadores e hipotecantes no deudores. Aunque el artículo 14.1 solo exige que la información se proporcione al prestatario, del art 15.4 dice se deduce que es necesaria también la remisión de la documentación a esos garantes (MARÍN LÓPEZ)<sup>(17)</sup>. Si el prestatario va a ser representado en el acta o en la escritura, la documentación la puede recibir tanto representado como representante.

En cuanto a su ámbito objetivo, la Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019 determina que en las ventas realizadas por un profesional con subrogación hipotecaria de una persona física están sujetas a la ley, y en el caso de subrogación entre particulares, solo si se realiza con asistencia del banco, pues en otro caso es un mero acuerdo privado. También se exige en las novaciones, aunque sean de modificación del plazo o reducción del tipo de interés de acuerdo con la Instrucción, si bien limitando el contenido de la información a lo que se modifica. En las novaciones realizadas al amparo del Código de Buenas Prácticas (RDL 6/2012), concluye que dado el carácter tasado por ley de estas modificaciones no tiene sentido aplicarlas.

En las subrogaciones activas, la DGRN dice *«el simple cambio del acreedor, en la medida en que no modifique en modo alguno la posición del deudor, no exige el otorgamiento de las formalidades informativas que impone la ley»*. No obstante, como el cambio de banco implica en la práctica siempre un cambio de condiciones, habrá de aplicarse lo visto anteriormente para las novaciones en general, como imponen la DA 6.<sup>a</sup> y la DT.1.2.

### 6.3 Procedimiento de entrega de la documentación

La entrega al prestatario no requiere forma especial, pero la remisión al notario se hace a través de una plataforma informática a la que cualquier notario puede acceder, garantizándose así la libre elección del notario (se regula en el Reglamento 309/2019).

En la práctica, lo más relevante es que la incorporación al sistema ha de hacerse al menos diez días antes del otorgamiento de la escritura. Siguiendo literalmente el artículo 14.1 sería suficiente que la remisión de la documentación al prestamista se hiciera con esa antelación, pero dado que el notario tiene que verificar ese plazo (art. 15.2.a) y que la primera comprobación que puede hacer el notario es la de la incorporación al sistema de toda la documentación más el recibo del prestatario, esa subida al sistema tendrá que hacerse con los diez días de antelación. Es cierto

---

(17) MARÍN LÓPEZ, ob. cit., p. 279.

que esto no es una prueba absoluta de que el deudor la ha recibido, pues se trata de una actuación del prestamista. Pero dado que la documentación incluye la manifestación del deudor de haberla recibido, parece que debe considerarse un principio de prueba suficiente, sobre todo, teniendo en cuenta que el prestatario habrá de comparecer ante el notario en el acta y habrá de ratificar que dicho documento de recepción fue efectivamente firmado por él.

#### 6.4 El acta previa ante notario

La primera actividad que debe realizar el notario una vez que ha sido elegido es comprobar la integridad de la documentación y la fecha en la que se ha cargado en el sistema, tras lo cual debe concertar una cita con el deudor en un día anterior al de la firma. Además, la Instrucción de 13 de junio de 2019 de la DGRN establece que el notario debe controlar el depósito obligatorio en el Registro de las condiciones generales de contratación, a lo que obliga el artículo 7 LCCI, aunque se ha discutido la legalidad de esa interpretación<sup>(18)</sup>.

La comparecencia puede ser personal o a través de representante como expresamente admite el artículo 15.3. CÁMARA se plantea cuál será el valor de la manifestación de comprensión por parte del representante, pero entiendo que tiene que ser el mismo que si lo hiciera el principal, pues de otra forma nunca se podría actuar representado y si la ley ha admitido la representación ha de ser con todas sus consecuencias. Es evidente que el poderdante asume un riesgo al dar el poder, y tendrá que tener la diligencia *in vigilando* o *in eligendo* que le garantice estar suficientemente informado. La misma regla se puede aplicar a avalistas y fiadores. No existe problema en que para el acta comparezca el apoderado y que sea el deudor el que asista a la escritura, ni tampoco en que suceda al revés: todo lo realizado con el apoderado ha de imputarse directamente al principal. En ese sentido se manifiesta la Circular de 24/5/2019, que excluye sin embargo el mandato verbal en este caso.

En cuanto a la actividad del notario, se ha criticado por algunos autores que se atribuya al notario el carácter de asesor, ya que no tiene especiales conocimientos financieros. Sin embargo, estas críticas parte de un concepto erróneo del asesoramiento notarial: el notario no asesora en el sentido de aconsejar sino en sentido de explicar. Así se deduce del art 81.2 de la LGDCU: «*Los Notarios... en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores*

---

(18) ALONSO PÉREZ, T., ob. cit. p. 60. En contra, BARRIO DEL OLMO, C., ob. cit., p. 1.

*y usuarios en los asuntos propios de su especialidad y competencia*». Es cierto, como señala ALONSO PÉREZ, que el legislador hace intervenir al notario como sujeto que «debe contribuir activamente a la consecución del nivel de transparencia adecuado»<sup>(19)</sup> pero en realidad esto es algo que sucede en todo caso. La diferencia en relación con el acta es que se produce con antelación a la firma del contrato y sin presencia de la otra parte contratante, lo que supone de hecho una mucho mejor contribución a la transparencia material, pues en este caso la antelación es fundamental para garantizar los derechos del deudor. En todo caso es cierto, como dice la autora, que la actuación del notario supone una «garantía de imparcialidad y de asesoramiento independiente en la perfección».

Ese asesoramiento debe realizarse en relación con «*las cláusulas específicas recogidas en la FEIN y FiAE, de manera individualizada y con referencia expresa a cada una, sin que sea suficiente una afirmación genérica*». Se requiere además la realización en presencia del notario, de «*un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada*». El test modelo que se ha impuesto por el Consejo General del Notariado en la Circular de 24/5/2019 incluye el cuestionario exigido por la ley sobre la recepción de la información y una serie de preguntas sobre cuestiones prácticas de los efectos del contrato. Las primeras preguntas son semejantes a un cuestionario, y como señala Alonso Pérez su finalidad es el control de la transparencia formal<sup>(20)</sup>. En cuanto a las preguntas sobre los efectos, se dirigen a asegurar la transparencia material. Se ha discutido acerca de su función. Siguiendo la Circular del Consejo General del Notariado que habla de test de «comprensibilidad», se ha dicho que se trata de comprobar que el deudor ha comprendido los efectos del contrato<sup>(21)</sup>. A mi juicio su función no tanto la de un examen de comprensión, sino una forma de complementar las explicaciones: al responder a cuestiones básicas sobre los efectos (¿Puede variar la cuota mensual de mi préstamo? ¿Puede reclamar el banco la totalidad del préstamo en algún caso? ¿Responde el prestatario solo con el bien hipotecado? ¿Tengo comisión de cancelación anticipada?) el prestatario podrá completar su información realizando nuevas preguntas y el notario ampliar las explicaciones. En todo caso, lo que sí contribuye es a poder probar la existencia de la información previa prestada por el banco y que esta era comprensible.

(19) ALONSO PÉREZ, ob. cit. p. 144.

(20) ALONSO PÉREZ, ob. cit. p. 169.

(21) ALONSO PÉREZ, ob. cit. p. 170.



## 6.5 Los efectos de la intervención notarial: ¿Acreditación o presunción de transparencia?

El acta es un requisito imprescindible para el otorgamiento de la escritura (art. 15.5) y por ello, el artículo 15.7 exige que se reseñe en la escritura de préstamo.

El problema fundamental es si esta acta supone una garantía de cumplimiento de la transparencia material. El artículo 15.6 dice: *«Conforme al artículo 17 bis apartado 2.b) de la Ley del Notariado y el artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el contenido del acta se presumirá veraz e íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material»*.

La primera parte de la frase es superflua, pues reitera los efectos que tiene cualquier acta, que solo hace prueba de lo declarado por el notario. Prueba que el notario ha prestado un determinado asesoramiento: el notario reflejará en el acta la actividad que ha desplegado, por lo que producirá los efectos de integridad y veracidad a los que hace referencia el artículo.

Aunque la redacción pudiera plantear dudas, parece que la manifestación sobre la comprensión de las cláusulas no la hace el notario sino el deudor. Además, la mayoría de la doctrina considera que el notario puede pronunciarse sobre la concreta percepción psicológica de un tercero sobre el contenido de un contrato. En este sentido se pronuncian Cámara<sup>(22)</sup> y Pertíñez<sup>(23)</sup> que dice: *«parece ilusorio pretender que un acta notarial pueda dar fe de un hecho interno, como es el de la comprensión por el prestatario»*. También la interpretación de la Circular del Consejo General del Notariado 1/2019. Además, del artículo 15.5 resulta que lo que ha de declarar el notario es que el deudor ha recibido la documentación y el asesoramiento. A favor del carácter acreditativo se ha manifestado Alonso Pérez<sup>(24)</sup>, que sostiene también que la manifestación procede del notario. Creo –y corrijo mi posición anterior. que esta autora tiene razón en defender que cuando el notario aprecia la capacidad de los otorgantes, lo hace en relación con la actuación concreta que se está realizando y esto debe incluir el juicio de que entiende el contenido de la escritura. Por ello, en realidad el notario siempre está haciendo un juicio

(22) CÁMARA LPUENTE, S., ob. cit., p. 5.

(23) PERTÍÑEZ VILCHEZ, ob. cit.

(24) ALONSO PÉREZ., ob. cit., p. 176.



sobre la percepción psicológica del otorgante, y como sostiene esa autora no debe autorizar la escritura si no cree que existe esa comprensión.

Pero en realidad no es esta la discusión relevante, puesto que la jurisprudencia considera que el requisito de la transparencia material se cumple no de manera subjetiva sino objetiva. Es decir, que lo relevante es que la entidad haya ofrecido la información suficiente y comprensible sobre los efectos del contrato para un consumidor medio. La falta de comprensión de una persona podría dar lugar a un vicio del consentimiento, pero no afectaría a la transparencia material. Y, (como señala también Alonso Pérez, es será difícil con el sistema del acta probar ese error y que se considere excusable). El conjunto de actividades y controles notariales va a ser una garantía del cumplimiento de esa obligación en la práctica totalidad de los casos.

En todo caso, no parece que la ley haya establecido que el acta suponga automáticamente el cumplimiento de la transparencia material, y es posible que no lo pudiera hacer sin infringir la Directiva 13/93. Además, la entrega de la documentación exigida por el artículo 14.1 no implica siempre el cumplimiento de la transparencia, pues es posible que sea necesario dar otras explicaciones o documentos en algún caso concreto, como establece el artículo 14.2.

Tampoco supone una presunción de cumplimiento de la transparencia. En el anteproyecto se incluía la presunción, pero se suprimió del proyecto a instancia del Consejo de Estado. Posiblemente porque la STJUE Bakkaus se deduce que sería contraria a la Directiva una norma que impusiera la carga de la prueba del incumplimiento de las obligaciones de información precontractual al consumidor, por ser contraria al principio de efectividad (aunque es cierto que el caso concreto es muy distinto del que nos ocupa, como señala Alonso Pérez)<sup>(25)</sup>. Esto viene confirmado por los artículos 14.2 y 15.9, que reiteran que el prestamista debe, en todo caso, cumplir con sus deberes de información, de manera que la actividad del notario no puede suplir la del prestamista.

Eso no quiere decir, ni mucho menos, que el acta sea inútil. Por una parte, la actuación del notario también ha sido reconocida por el TS, no solo en relación al control de inclusión como hizo la STS de 9 de marzo de 2013, sino en relación con la transparencia material. La STS de 9 de marzo de 2017 declaró que la actuación del notario era un elemento a valorar al efecto pues *puede «acabar de cumplir con las exigencias de información»*, lo que fue matizado por las STS de 8 de junio de 2017 y otras que señalan que *«no puede por sí sola sustituir la necesidad de la información precontractual»*.

---

(25) ALONSO PÉREZ, T., ob. cit. p. 184.

Pero sobre todo la actuación notarial contribuye en la práctica al cumplimiento por parte de los bancos de su obligación de transparencia material. Al realizar un control de la actividad precontractual del banco, garantiza que se haga y –al mismo tiempo– facilita la prueba de la misma. Por otra, adelanta el asesoramiento notarial a un momento anterior a la firma, aumentando la capacidad de reacción del prestatario si descubre que las condiciones no son las que le habían anunciado, o que suponen efectos que él no esperaba. Recordemos que la STS de 15 de enero de 2017 señaló en relación con la actuación notarial que *«Cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor...»*. En este sentido, manifiesta Marín López<sup>(26)</sup> que si se cumple con lo previsto en el artículo 15 *«lo más probable es que el prestatario esté adecuadamente informado del contenido de los documentos de informativos que le facilitó el prestamista»* y también que el plazo de antelación de un día es suficiente. En el mismo sentido, pero de forma aún más clara se pronuncia ALONSO PÉREZ, que con acierto señala que esto no debe verse como un problema de la ley sino justamente uno de sus objetivos, pues como dije al principio el objetivo es combinar la mayor protección del consumidor con la mayor seguridad jurídica. Recordemos que la seguridad reduce el coste de la incertidumbre y permitirá préstamos más baratos.

Por tanto, la actuación notarial no impide juzgar la transparencia material ni invierte la carga de la prueba, pero en la práctica hace mucho más difícil que una cláusula esencial pueda declararse no transparente, convirtiéndose, en palabras de Alonso Pérez, en una posibilidad remota.

## 7. CONCLUSIÓN

La jurisprudencia comunitaria cambió el concepto de transparencia y dió lugar a multitud de reclamaciones judiciales que llegaron a poner en peligro el mantenimiento de nuestro sistema hipotecario. La LCCI, por ello, perseguía defender al deudor y dar mayor seguridad jurídica al sistema en su conjunto. La intervención notarial no supone ni un cumplimiento automático de la transparencia formal o material, ni siquiera una presunción iuris tantum de cumplimiento. Pero en la práctica garantiza el cumplimiento general de esas obligaciones y facilita su prueba gracias al control por parte del notario. Por otra parte, el acta previa ha supuesto una mejora en el asesoramiento notarial. El notario hace lo mismo que

---

(26) MARÍN LÓPEZ, ob. cit., p. 512.

antes (controlar la legalidad y explicar el contrato y sus efectos), pero el que se haga con unos días de antelación al día de la firma y sin presencia del prestamista mejora sustancialmente la comprensión del consumidor, ahora liberado de la presión del tiempo y de la presencia de terceros. Esto no quiere decir que no se pueda avanzar en cuestiones de transparencia formal y material y mejorar aún más el acceso al crédito. Se debería valorar prohibir los productos combinados, que suponen hoy el elemento de mayor complicación para comprender el coste del préstamo y que hacen más difícil la comparación y por tanto la competencia. Y finalmente, se deberían perseguir las prácticas bancarias que convierten de hecho los productos combinados en vinculados, al obligar de hecho a los prestatarios a contratar seguros para la concesión del préstamo.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M. T., «Función notarial y transparencia en la formación del contrato de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda». *Revista de Derecho Civil*. vol. IX, núm. 4 (octubre-diciembre, 2022) Estudios, pp. 137-194.
- «El Registro de condiciones generales de la contratación y los contratos de crédito inmobiliario (El artículo 7 de la Ley de contratos de crédito inmobiliario)». En *Mecanismos jurídicos para la contratación responsable de préstamos por consumidores*, Aranzadi, Cizur Mayor 2022, pp. 97-124.
- ÁL.VAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Las dudas sobre la transparencia del IRPH y el discutible informe del Abogado General». *Diario La Ley*, núm. 9516, 2019.
- «Los intereses de demora y la jurisprudencia del Tribunal Supremo». *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, ISSN 1885-009X, núm. 68, 2016, pp. 16-21.
- BARRIO DEL OLMO, C., «Consulta al Registro de Condiciones Generales de la Contratación: nueva obligación ¿en beneficio de los prestatarios?», *El Notario del Siglo XXI*, julio 2019, núm. 86.
- CABANAS TREJO, R., «La nueva Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario ¿el final de un largo y turbulento vuelo o solamente un aterrizaje de emergencia?», *El Notario del siglo XXI*, junio 2019, núm. 86.
- CÁMARA LAPUENTE, S., *La transparencia en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. Primeros apuntes. Especial Ley Reguladora de los Contratos de crédito Inmobiliario*. La Ley, marzo 2019.
- «Transparencia “material” y función notarial en la Ley 5/2019 ¿Control, carga o trampa?», *El notario del siglo XXI*, núm. 84, 2019, pp. 18-25.
- CARRASCO PERERA, A., «Régimen de condiciones generales de contratación en contrato de crédito inmobiliario». En: *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*. Aranzadi. 2019.
- «Funciones notariales en la comprobación de la transparencia y en la titulación del contrato». En: *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*. Aranzadi. 2019.



- DIPASQUALE, D., y WHEATON, W., «Housing Market Dynamics and the Future of Housing Finance» *Journal of Urban Economics*, 1994, vol. 35.
- ESQUIROL JIMÉNEZ, V. (Los) *controles notariales de transparencia y contenido sobre los préstamos sujetos a la Ley de contratos de crédito inmobiliario*, Marcial Pons, 2021.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., «El Control de transparencia material». En: *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*. Aranzadi. 2019.
- MATE SATUÉ, L. C., «Transparencia material en la contratación de los préstamos hipotecarios: de la expresión manuscrita de la Ley 1/2013 a los mecanismos llamados a cumplir la misma función en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario», *Revista de Derecho Civil*, v. 6, núm. 1, (enero-marzo 2019), pp. 335-360.
- NIETO CAROL, U. (El) *control de incorporación y transparencia en los contratos bancarios*, Tirant lo Blanch, 2022.
- PÉREZ HEREZA, J., «El tortuoso camino de aprobación de la Ley 5/2019. Los cambios introducidos durante la tramitación y su encaje en el texto final», *El notario del siglo XXI*, marzo 2019, núm. 84, 2019.
- PERTIÑEZ VILCHEZ, «El deber de transparencia en la Ley 5/2019 de Crédito Inmobiliario: información documental, explicaciones adecuadas y valor probatorio del acta notarial», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 154, 2019.

## A. VIVIENDA HABITUAL Y CRÉDITO HIPOTECARIO

### A.4 Crédito responsable y prevención del sobreendeudamiento hipotecario \*

**Matilde Cuenca Casas**

*Catedrática de Derecho civil*

*Universidad Complutense*

*Fundación Hay Derecho*

*m.cuenca@telefonica.net*

**Resumen:** *Se analizan en el presente capítulo las novedades legales en relación con la prevención del sobreendeudamiento hipotecario, particularmente el régimen jurídico de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia. Se realiza un estudio crítico al objeto de determinar si se ha transpuesto de forma adecuada la normativa europea sobre crédito hipotecario teniendo a la vista las recientes resoluciones al respecto dictadas por el Tribunal de Justicia de la UE.*

**Palabras clave:** *Evaluación de la solvencia. Crédito hipotecario, datos de solvencia patrimonial. Riesgo de crédito.*

---

\* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR). Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00).

**Abstract:** *This chapter analyses the legal developments regarding the prevention of mortgage over-indebtedness, particularly the legal regime of the lender's obligation to assess creditworthiness. A critical review is carried out in order to determine whether European mortgage credit legislation has been adequately transposed in the light of the recent rulings of the Court of Justice of the EU on this issue.*

**Keywords:** *Creditworthiness assessment. Mortgage credit, equity solvency data. Credit risk.*

**Sumario:** 1. La necesidad de una política eficiente en materia de sobreendeudamiento privado. 2. Concepto de crédito responsable: evaluación de la solvencia y evaluación de riesgo de crédito. 3. La regulación de la obligación de evaluar la solvencia del potencial prestatario en el crédito inmobiliario. 3.1 Sujeto obligado a evaluar la solvencia. 3.2 ¿Qué factores pertinentes tienen que ser valorados para una adecuada valoración de la solvencia? 3.3 ¿Cómo debe evaluar la solvencia el prestamista? 4. Consecuencias del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. 4.1 ¿Obligación de medios o de resultado? 4.2 Sanción derivada del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. 4.3 En particular, la posición del prestamista ante un test negativo de solvencia. 4.4 ¿Qué consecuencias se han previsto en la LCI para el caso de que el prestamista conceda el préstamo con un test de solvencia de negativo? 5. Conclusión. ¿Respeto el Derecho español la normativa europea en materia de préstamo irresponsable?

## 1. LA NECESIDAD DE UNA POLÍTICA EFICIENTE EN MATERIA DE SOBREENDEUDAMIENTO PRIVADO

La crisis financiera de 2008 evidenció las letales consecuencias que para el sistema económico puede tener un crecimiento desbocado del sobreendeudamiento privado. Cuando los particulares se endeudan más allá de su capacidad de reembolso su insolvencia posterior provoca situaciones de exclusión social y la absorción por el Estado de las consecuencias de ese exceso de deuda privada<sup>(1)</sup> (por ejemplo, subsidios para evitar la exclusión social del deudor insolvente).

La realidad ha demostrado que el sobreendeudamiento de las personas naturales y la falta de mecanismos adecuados para tratar con él pueden

---

(1) Sobre la conversión de deuda privada en pública a la luz del caso de España Cfr. ORDÀ; SCHULARRICK, y TAYLOR, *Sovereigns versus Banks: Credit, Crises, and Consequences?* [http://www.parisschoolofeconomics.eu/IMG/pdf/sovbanksnber\\_wp\\_19506\\_1\\_-2.pdf](http://www.parisschoolofeconomics.eu/IMG/pdf/sovbanksnber_wp_19506_1_-2.pdf): (Consultado el 10 de julio de 2024).

tener graves repercusiones sociales y económicas. Era necesaria una normativa que actuara en el terreno de la prevención. Y es que sobreendeudar a los particulares tiene a corto plazo consecuencias que pueden ser atractivas para los gobiernos, al margen de su color político, en tanto se puede generar artificialmente un crecimiento económico, ya que se potencia el consumo sin necesidad de subir los salarios<sup>(2)</sup>. Sin embargo, a medio y largo plazo las consecuencias de este modelo son tremendas. Generar préstamo de alto riesgo y trasladarlo a terceros a través del mercado secundario provoca crisis financieras mundiales. Nuestro sistema financiero opera con el privilegio de reserva fraccionaria y ello exige un mayor control del riesgo de crédito que proteja el sistema de crisis de solvencia de las entidades provocada por el fenómeno del descalce de plazos. Es evidente que el control no se hizo y la regulación no generaba los incentivos adecuados al comportamiento adecuado de los operadores. Lo cierto es que se concedieron préstamos sin evaluar la capacidad de reembolso del deudor, teniéndose en cuenta exclusivamente el valor del inmueble dado en garantía, con base en una tasación irregular realizada por una empresa participada por la entidad financiera.

Los excesos en la concesión de préstamos tienen como efecto un aumento de la demanda y un efecto inflacionista que favorece la creación de burbujas. Si además esa demanda se alimenta con incentivos fiscales a la compra de vivienda y bajos tipos de interés, la burbuja de deuda privada tiende a aumentarse. Por otro lado, las entidades transferían el riesgo de crédito a terceros a través del mercado secundario con la emisión de crecientes volúmenes de cédulas hipotecarias<sup>(3)</sup>. Esta posibilidad relaja el rigor en la evaluación del riesgo<sup>(4)</sup>. Por eso, no es razonable afirmar después de lo que ha pasado, que las entidades financieras tienen incentivos para la evaluación del riesgo y que las sanciones administrativas son la medida disuasoria más

---

(2) Nuestro modelo económico se basa, al igual que el de la mayoría de los países, en el sobreendeudamiento privado como medio de crecimiento, dada la brecha cada vez mayor entre la productividad y los salarios. En este contexto el mantenimiento del consumo exige un flujo generoso de crédito. En el periodo de 1979-2020 la tasa de crecimiento de la productividad ha sido de un 61,8% y la del salario de un 17,5%. Cfr. Economic Policy Institute, «The productivity– Pay gap» <https://www.epi.org/productivity-pay-gap/>.

(3) Los bajos tipos de interés existentes en la época de la crisis favorecieron que los inversores adquirieran cédulas hipotecarias en busca de una mayor rentabilidad. La «alegre» expansión crediticia protagonizada por las entidades (particularmente las cajas de ahorro a las que se sumaron luego los bancos por razones de competencia) generó necesidad de financiación externa que encontraba oferta por parte de ahorradores ansiosos de rentabilidad.

(4) El Considerando 57 de la DCI advierte este riesgo: «La decisión del prestamista sobre la concesión o denegación del crédito debe ser coherente con el resultado de la evaluación de la solvencia. Por ejemplo, la capacidad del prestamista de transferir parte del riesgo crediticio a un tercero no debe llevarle a ignorar las conclusiones de la evaluación y con ello a ofrecer un crédito a un consumidor con pocas posibilidades de devolverlo».

adecuada<sup>(5)</sup> frente al préstamo irresponsable. La realidad ha puesto de relieve que eso no es así. Todos estaban contentos con el préstamo irresponsable: el gobierno de turno ve cómo la economía crece, un consumo a crédito que beneficiaba al capital y todo sin necesidad de subir salarios. El consumidor optimista estaba encantado de convertirse en propietario, aunque a partir del día 20 de mes ya tuviera que sobrevivir gracias a la tarjeta *revolving* con la que las entidades financieras también obtenían importantes beneficios.

Esta burbuja inmobiliaria a todos beneficiaba y nadie tenía interés en acabar con ella. El Estado ha recaudado mucho dinero en impuestos y algunos colectivos (notario y registradores) hicieron su particular agosto. Todo terminó con un rescate bancario con dinero público que invita a las entidades sistémicas a actuar en situación de riesgo moral. Esto es lo que pasa cuando se enfoca una política de vivienda sobreendeudando a los particulares. Nada que objetar a que la población tenga vivienda en propiedad, pero siempre que tengan capacidad económica para ello. Aquí hemos hecho propietarios a los solventes y a los no solventes... y eso es gravísimo, como hemos podido comprobar.

Teóricamente, el primer interesado en hacer una evaluación adecuada de la solvencia es el prestamista pues la sanción más importante que padece es la pérdida de su derecho de crédito. Esto es cierto cuando el prestamista es un establecimiento financiero de crédito o cualquier empresa que se dedica profesionalmente a la concesión de préstamos y lo hace con capital propio (*balance sheet*)<sup>(6)</sup>. El problema es cuando las entidades financieras transfieren el riesgo a terceros a través del mercado secundario (el denominado «originar para distribuir») con la emisión de crecientes volúmenes de cédulas hipotecarias. En tal caso el prestamista no padece las consecuencias de una irregular evaluación del riesgo.

Visto lo vivido, procede analizar si se han tomado medidas eficientes en el terreno de la prevención del sobreendeudamiento hipotecario. Adelanto ya que no, y explicaré por qué. De hecho, sigue sin tener interés hablar de préstamo responsable. Hemos implantado la regulación tarde y mal y porque nos han obligado desde la Unión europea.

---

(5) ALFARO ÁGUILA-REAL, J., La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo <https://derechomercantiles.espana.blogspot.com/2014/04/la-obligacion-de-comprobar-la-solvencia.html> (Consultado el 5 de junio de 2024).

(6) Como han señalado CELENTANI, M.; GANUZA, J. J., y GÓMEZ POMAR, F., «El régimen legal del crédito hipotecario en España: un análisis económico» en Ganuza, J. J., Gómez Pomar, F. (Coord.), *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 45 las entidades prestamistas pueden experimentar sesgos que las inclinen hacia operaciones de mayor riesgo, lo que a su vez puede llevar a decisiones ineficientes. Entre los factores que pueden contribuir a la aparición de tales sesgos, está el que los responsables de las decisiones de las entidades prestamistas solo absorben una parte limitada de las pérdidas que pueden ocurrir. La existencia de instituciones como el fondo de garantía de depósitos, que garantizan los ahorros de los depositantes y la responsabilidad limitada de las entidades de crédito que limita ésta y no los beneficios, son factores que incentivan la actuación de alto riesgo.



La Directiva 2014/15<sup>(7)</sup> (en adelante, DCI), es la primera respuesta del Derecho de la UE al problema del sobreendeudamiento hipotecario<sup>(8)</sup>. Se hace eco del papel relevante que tiene la regulación de la obligación evaluar la solvencia por parte del prestamista en la prevención de una nueva crisis financiera (*Vid.* Considerandos 55 y 56) y la necesidad de evitar comportamientos irresponsables de los operadores del mercado<sup>(9)</sup>. A pesar de ello y de la importancia de la cuestión, la regulación de la DCI merece reproches<sup>(10)</sup> por su indefinición y por el amplio margen dejado a los Estados miembros en su transposición. En la actualidad se está evaluando la revisión de esta directiva<sup>(11)</sup>.

A continuación, se analizarán las novedades introducidas por la DCI en materia de préstamo responsable y su transposición al Derecho español de la mano de la Ley 5/2019, de 5 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCI). No puedo hacer en esta sede una exposición pormenorizada sobre esta cuestión<sup>(12)</sup>, pero sí señalaré las líneas generales del nuevo sistema y, sobre todo, sus carencias. Con todo, en primer lugar, procede hacer una necesaria delimitación conceptual entre el concepto de evaluación de la solvencia y el de riesgo de crédito.

## 2. CONCEPTO DE CRÉDITO RESPONSABLE: EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA Y EVALUACIÓN DE RIESGO DE CRÉDITO

Aunque muchas veces se utilizan como términos sinónimos, desde el punto de vista técnico no es lo mismo evaluar el riesgo de crédito que

---

(7) Directiva 2014/17/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2011 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010.

(8) La crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero, lo que debilita la confianza de todos los interesados, en particular los consumidores, y puede tener graves consecuencias sociales y económicas (Considerando 3).

(9) La crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero, lo que debilita la confianza de todos los interesados, en particular los consumidores, y puede tener graves consecuencias sociales y económicas (Considerando 3).

(10) Cfr. CUENA CASAS, M., «Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario», RCDI, núm. 764, págs. 2871-2894. <https://hdl.handle.net/20.500.14352/18302>.

(11) [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13090-Mortgage-credit-review-of-EU-rules\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13090-Mortgage-credit-review-of-EU-rules_en).

(12) He tratado más detenidamente la cuestión en mi trabajo «La evaluación de la solvencia en los contratos de crédito inmobiliario», Ley de contratos de crédito inmobiliario: estudios y comentarios/coord. por Lorenzo Prats Albentosa, 2020, pp. 175-235.

evaluar la solvencia del potencial prestatario. En ambos casos el objetivo es valorar la capacidad del prestatario de atender sus obligaciones en virtud del contrato de préstamo, pero esto se hace desde planos distintos en ambos supuestos.

Las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones dependen de dos variables: la capacidad de pago y la voluntad de pago<sup>(13)</sup>. La primera se mide de acuerdo con la entidad del patrimonio del deudor y el pasivo ya asumido por este. La incapacidad de pago puede ser inicial, presente ya en el momento de la concesión del préstamo (sobreendeudamiento activo), o sobrevenida por el acaecimiento de circunstancias (paro, divorcios, enfermedades) imprevisibles e inevitables, que llevan al deudor a situación de insolvencia con incumplimiento generalizado de sus obligaciones (denominado sobreendeudamiento pasivo). Este último supuesto no puede ser valorado ni medido por el prestamista y, por ello se ha dicho que la incertidumbre es el principal obstáculo del mercado de crédito<sup>(14)</sup>. Poco puede hacer el departamento de riesgos de una entidad para evitar que tales circunstancias sobrevengan, salvo que las mismas fueran ya previsibles en el momento de la concesión del préstamo. Por lo tanto, el objetivo de la regulación de la obligación de evaluar la solvencia no es solucionar los problemas que se derivan del *sobreendeudamiento pasivo* dado que este se produce por circunstancias imprevisibles.

Cuando se evalúa el riesgo de crédito solo se atiende a la posibilidad de reembolso del deudor y el riesgo de lesión del derecho de crédito del prestamista. El punto de vista que se valora es el del acreedor. Por ello, la evaluación del riesgo de crédito no es un mecanismo de prevención del sobreendeudamiento, sino de protección del derecho de crédito del prestamista<sup>(15)</sup>. Da igual el grado de esfuerzo que tenga que hacer el deudor para pagar. Lo importante es si puede pagar en las condiciones presentes en el momento de la solicitud.

Por el contrario, cuando se trata de evaluar la solvencia (concesión responsable de crédito) se pretende tener en cuenta la operación crediticia

---

(13) No en vano la palabra crédito procede del latín *creditus* (del verbo *credere*) que significa creer, confiar. El concepto, desde su raíz etimológica, se basa en la confianza que se deposita, sobre el cumplimiento de la obligación o promesa de pago de un deudor.

(14) RONA-TAS, A., y GIUSEVA, A. (2013), «Information and Consumer Credit in Central and Eastern Europe», *Journal of Comparative economics*, 41 (2), 420.

(15) Esta diferencia se destaca en el informe del Financial Services User Group, «Responsible consumer credit lending. FSUG opinion and recommendations for the review of the Consumer Credit Directive», [https://finance.ec.europa.eu/system/files/2019-04/fsug-opinions-190408-responsible-consumer-credit-lending\\_en.pdf](https://finance.ec.europa.eu/system/files/2019-04/fsug-opinions-190408-responsible-consumer-credit-lending_en.pdf) Véase también esta delimitación en el informe realizado por ACCIS (Association of consumer credit information suppliers), «Principles on creditworthiness assessment. A perspective from the credit reference industry». 6 de noviembre de 2018 <https://accis.eu/wp-content/uploads/2018/11/Final-Proofread-Principles-on-Creditworthiness-Assessments-and-the-Role-of-CRAs.pdf> (Consultado el 20 de julio de 2024).

desde la perspectiva del potencial prestatario, el grado de esfuerzo que le puede suponer el pago del préstamo. Es decir, tiende a evitar el denominado «sobreendeudamiento activo», que el deudor asuma más compromisos de los que le permite su capacidad patrimonial. Una correcta evaluación de la solvencia no palia el sobreendeudamiento pasivo, y por ello si el acreedor ha hecho una correcta evaluación de la solvencia y luego el deudor no paga por circunstancias sobrevenidas, ninguna conducta reproachable se puede imputar al prestamista. Cosa distinta es que el impago se produzca por circunstancias ya presentes en el momento de la solicitud, por ejemplo, el deudor ya se encontraba sobreendeudado. En suma, una correcta evaluación de la solvencia no blindará al prestamista frente al incumplimiento por parte del deudor. Este depende de la capacidad de pago y de la voluntad de pago. La obligación de evaluar la solvencia tiende a cubrir la primera de las variables. *Solo cuando el deudor deviene insolvente por consecuencia de una incapacidad de pago ya presente o previsible en el momento de la concesión del préstamo* podría cuestionarse la actuación del prestamista en este terreno.

En lo que se refiere a los casos de incumplimiento por falta de voluntad de pago, la misma se puede valorar en cierta medida a través de los ficheros de solvencia patrimonial, es decir, a través del comportamiento de pago pasado, pero siendo este relevante, aun habiendo sido este comportamiento negativo, puede no ser decisivo si el mismo se ha producido por circunstancias exógenas.

En suma, la evaluación de la solvencia es un concepto más amplio, que engloba la de evaluar el riesgo de crédito y el objetivo es no solo proteger la solvencia del prestamista sino proteger al prestatario del impacto negativo que se deriva del hecho de asumir un pasivo que no va a poder pagar. No basta analizar que el deudor pueda cumplir con sus obligaciones. Hay que dar un paso más y ver en qué condiciones el prestatario cumplirá el contrato. Se incumple esta obligación cuando, pudiendo cumplir el deudor, lo hace en condiciones extremas, descuidando otras necesidades básicas y ello porque el objetivo es prevenir el sobreendeudamiento. Lo razonable para una mejor medición del grado de cumplimiento es que se impongan ratios de préstamo-valor (*loan to value*) y préstamo-ingresos (*loan to income*). En el Considerando 55 de la DCI se alude a esta cuestión dejando al criterio de los Estados miembros la decisión de incorporarlos a su regulación. Nada de esto se ha hecho, como veremos en la LCCI. El único límite se encuentra en la regulación del mercado hipotecario<sup>(16)</sup> que exige respecto de los activos

---

(16) Artículo 23 Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos

de cobertura admisibles para las cédulas hipotecarias que el préstamo garantizado con hipoteca inmobiliaria no podrá exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se trate de bienes inmuebles residenciales, el préstamo podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación. Fuera de esta regulación específica para el mercado hipotecario no hay límites objetivos de préstamo valor y préstamo- ingresos, lo cual dificulta sobremanera el control del cumplimiento de esta obligación por los prestamistas.

Esta delimitación conceptual es sumamente relevante y tiene consecuencias sustantivas, aunque desde el sector financiero no quieran verlas<sup>(17)</sup>. Lo relevante y auténticamente novedoso del nuevo régimen establecido en la DCI es que la obligación de evaluar la solvencia pasa del ámbito de la ordenación y supervisión bancaria (regulación que siempre ha existido y tiende a proteger la solvencia de la entidad)<sup>(18)</sup> a ser mecanismo de protección del cliente bancario evitando su sobreendeudamiento, es decir, que el deudor se vea en la imposibilidad, de forma duradera, de pagar el conjunto de sus deudas, o expuesto a una amenaza seria de no poder hacerles frente en el momento en que sean exigibles»<sup>(19)</sup>. Asumir las consecuencias de este cambio de enfoque es clave para interpretar la norma europea y la LCI que la transpone.

Y es que con la nueva regulación europea se pretende, responsabilizar a las entidades financieras en la prevención del sobreendeudamiento privado. (Así se señala en la Sentencia del TJUE de 27 de marzo de 2014)<sup>(20)</sup>.

---

de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes.

(17) Para una visión desde la banca Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, J., y VALENCIA ORTEGA, Los procesos de evaluación de solvencia en las entidades supervisadas Reflexiones sobre la sentencia del TJUE de 11 de enero de 2024 (Nárokuj, C-755/2022), Diario La Ley, núm. 10464, 2024.

A su juicio, nada ha cambiado con la nueva regulación y ya se venía cumpliendo desde siempre la obligación de evaluar la solvencia. El corporativismo extremo no ayuda a mejorar. Hacer las afirmaciones que se hacen en ese trabajo sin tener en cuenta lo acontecido en la crisis financiera de 2008 es verdaderamente llamativo. Destaca la vehemencia con la que se niegan las consecuencias civiles del préstamo irresponsable y el carácter disuasorio de las medidas administrativas. Esas mismas medidas que no han impedido la crisis financiera.

(18) Este cambio de orientación ya fue destacado por el TJUE en la sentencia de 27 de marzo de 2014 Le Crédit Lyonnais SA contra Fesih Kalhan. Asunto C565/12 en relación con la Directiva a 2008/48/ de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo. (En adelante, DCC).

En el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2008/C 44/19), se acerca al polémico concepto de sobreendeudamiento: «Hablar de endeudamiento excesivo o de sobreendeudamiento es hacer referencia a situaciones en las que el deudor se ve en la imposibilidad, de forma duradera, de pagar el conjunto de sus deudas, o expuesto a una amenaza seria de no poder hacerles frente en el momento en que sean exigibles».

(19) En este sentido, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2008/C 44/19).

(20) LCL Le Crédit Lyonnais SA contra Fesih Kalhan Asunto C565/12).



Y si el legislador español no asume este cambio, no debemos olvidar que existe el principio de interpretación conforme con el Derecho europeo<sup>(21)</sup>. Y ya adelante, que no se ha asumido ese nuevo enfoque en la ley española. Como veremos, seguimos igual, con normas prudenciales que dejan en manos del supervisor bancario el control del préstamo responsable, modelo que ha fracasado y buena prueba de ello es la crisis financiera de 2008. Y lo que es más grave, se sigue el modelo de la normativa prudencial aun cuando muchos prestamistas al amparo de la LCCI no tienen la condición de entidad de crédito ni de establecimiento financiero de crédito. Es decir, no son entidades supervisadas. No hay un interés público en la protección del balance de la entidad crediticia cuando no utiliza recursos procedentes de los depósitos del público. Sin embargo, deben asumir las obligaciones de conceder préstamos de manera responsable porque de lo que se trata es de prevenir el sobreendeudamiento privado.

### 3. LA REGULACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL POTENCIAL PRESTATARIO EN EL CRÉDITO INMOBILIARIO

#### 3.1 Sujeto obligado a evaluar la solvencia

Una regulación general de la obligación de evaluar la solvencia y de conceder préstamos de manera responsable la encontramos en el artículo 18 de la Orden 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios aprobada (en adelante, OTSB) que desarrolla el artículo 29 de la Ley 2/2011 de Economía sostenible. Esta regulación es general y se aplica tanto al crédito al consumo como inmobiliario y el destinatario es el cliente bancario (persona física) que no necesariamente tiene que ser consumidor.

En principio la OTSB solo es aplicable cuando el prestamista es una entidad de crédito quedando fuera los demás prestamistas que no tuvieran

---

(21) Así lo señala la famosa sentencia del TJUE de 10 de abril de 1984 (Von Kolson-Kammann (Asunto 14/83): «la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de conseguir el resultado previsto por la misma, así como su deber en virtud del artículo 5 del Tratado de adoptar todas las medidas generales o particulares necesarias para asegurar la ejecución de esta obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros comprendidas, en el marco de sus competencias, las autoridades jurisdiccionales» (Cons. 26). Al respecto, SSTJUE 19 de diciembre de 2013, Koushkaki, C84/12, EU: C:2013:862, apartados 75 y 76; de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C554/14, EU: C:2016:835, apartado 59, y de 29 de junio de 2017, Popławski, C579/15, EU: C:2017:503, apartado 31).

tal condición. Sin embargo, la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril<sup>(22)</sup> modifica el artículo 2 OTSB, extendiendo su ámbito de aplicación a prestamistas inmobiliarios, a intermediarios de crédito inmobiliario y sus representantes designados, tal como se definen en el artículo 4 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. No obstante, esta ampliación solo afecta a las disposiciones previstas en las secciones 1.<sup>a</sup> a 7.<sup>a</sup> del capítulo II del título III de la OTSB relativo a los aspectos contractuales (información precontractual, tipos de interés, ventas vinculadas etc...). El artículo 18 OTSB no es aplicable a prestamistas inmobiliarios, sino tan solo establecimientos financieros de crédito y entidades de crédito españolas extranjeras o domiciliadas en otro Estado miembro de la UE.

Esta regulación coexiste con la específica en materia de crédito al consumo<sup>(23)</sup> y con la de crédito inmobiliario contenida en el artículo 11 de la LCI. Cuando se trata de prestamistas a los que se aplica la OTSB se produce un solapamiento normativo, aplicándose de manera supletoria a la regulación específica.

El artículo 4.16 de la LCCI, define la evaluación de la solvencia como «*la evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de préstamo*». Al igual que hace el artículo 4.17 DCI, se debe evaluar la capacidad de reembolso del prestatario sin que se pueda atender de manera exclusiva al valor del inmueble y su previsible revalorización, como criterio determinante para evaluar la solvencia (Considerando 55 DCI).

Según la normativa específica de crédito inmobiliario, el sujeto obligado a evaluar la solvencia es el prestamista, no el intermediario de crédito. La DCI habla de evaluar «en profundidad» la solvencia del prestatario teniendo en cuenta «factores pertinentes». El artículo 11 LCI concreta la mención de la DCI, ampliando el ámbito subjetivo. No solo se debe evaluar al consumidor, sino que la LCI lo amplía al potencial prestatario persona física, fiador o garante. Las mismas razones que aconsejan evaluar la capacidad de reembolso del deudor exigen que se haga para el fiador o garante quien también puede verse obligado a cumplir el contrato de préstamo. De hecho, esta extensión ya estaba presente en el artículo 18 de la OTSB.

El prestamista inmobiliario obligado a evaluar la solvencia es, según lo dispuesto en el artículo 4.2. LCI, «*toda persona física o jurídica que, de*

---

(22) Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

(23) Artículo 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio de 2011.



*manera profesional, realice la actividad de concesión de los préstamos a los que se refiere el artículo 2.1. letras a) y b)». Tales prestamistas inmobiliarios deben estar inscritos en el Registro a que se refiere el artículo 42 LCI. El ámbito es más amplio que el de la normativa sectorial bancaria<sup>(24)</sup> en el que el prestamista tiene que ser una entidad de crédito<sup>(25)</sup>. En este sentido, la LCI rellena un hueco regulatorio que extiende la obligación de evaluar la solvencia a sujetos que legalmente no estaban afectados por la regulación hasta ahora existente.*

No están obligados a evaluar la solvencia el intermediario de crédito ni el representante delegado. Cosa distinta es que deban recabar información del cliente, tal y como se establece en el artículo 12.1 LCI.

Se trata de un deber precontractual. La evaluación de la solvencia debe realizarse «antes de celebrar el contrato de préstamo» (art. 11.1 LCI) o de cualquier aumento significativo del importe tras la celebración del contrato de préstamo (art. 11.7 LCI).

### 3.2 **¿Qué factores pertinentes tienen que ser valorados para una adecuada valoración de la solvencia?**

A diferencia del texto proyectado, la LCI los concreta estableciendo una lista de factores no exhaustiva señalando como criterios, *la situación de empleo, los ingresos presentes, los previsibles durante la vida del préstamo, los activos en propiedad, los ahorros, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos. Así mismo, se valorará el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral.*

En el articulado de la DCI solo se alude a «factores pertinentes» que se aclaran en el Considerando 55, donde se indica que deben tenerse en cuenta *«los futuros pagos que sean necesarios en caso de amortización negativa o pagos diferidos de capital o de intereses, y teniendo*

---

(24) Anejo 9 de la Circular 4/2017, de 27 de noviembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, dedicado al análisis y cobertura del riesgo de crédito. También hay que tener presente la Circular 4/2016, de 27 de abril, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, y la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgos. Este texto mantiene su vigencia a pesar de la derogación de la Circular 4/2004 por la Circular 4/2017.

(25) Tienen tal consideración los bancos, las cajas de ahorro, las cooperativas de crédito y el Instituto de Crédito Oficial (art. 1.2 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito).

*en cuenta asimismo otros gastos periódicos, deudas u otros compromisos financieros, así como los ingresos, ahorros y activos. También deben llevarse a cabo ajustes razonables asociados a futuras eventualidades durante la vigencia del contrato de crédito propuesto, por ejemplo, la reducción de ingresos que se produce cuando el plazo del crédito se alarga hasta la jubilación o, en su caso, el aumento del tipo de interés o una evolución negativa del tipo de cambio».*

No basta, pues, valorar los ingresos presentes, sino que el prestamista debe proyectarse al futuro, teniendo en cuenta cambios previsibles, como la jubilación, y, por supuesto, la ratio de endeudamiento, del potencial cliente, información que, como veremos, solo se puede obtener desde un fichero de solvencia positivo.

Con todo, debería haberse avanzado más, estableciéndose límites a la ratio préstamo-valor o a la ratio préstamo-ingresos, tal y como se sugería en el Considerando 55 de la DCI. Ello favorece el control del grado de cumplimiento de la obligación. Hay que recordar que sí existen límites en el artículo 5.2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo.

### 3.3 ¿Cómo debe evaluar la solvencia el prestamista?

A este extremo se refiere el artículo 11.2 LCI, que deja margen de maniobra a los prestamistas para desarrollar sus propios procedimientos internos, si bien bajo la supervisión del Banco de España o autoridades competentes. Las modalidades técnicas de la forma de realizar la evaluación forman parte del libre ejercicio de la libertad empresarial.

Cuando el prestamista sea una entidad de crédito, se aplicará la regulación hasta ahora vigente respecto de los procedimientos para evaluar la solvencia y que completa la contenida en el artículo 11.2 LCI, que no deja de ser una mera declaración de principios en consonancia con lo establecido en la norma duodécima y el Anejo 6 de la Circular 5/2012. Esta normativa no es de aplicación a prestamistas que no tenían la condición de entidad de crédito, para los que la única norma que debe operar es la contenida en el artículo 11. 2 LCI que no concreta mucho respecto de los procedimientos para la evaluación de la solvencia, el valor que a cada variable (ingresos, deudas asumidas, etc...) debe darse en la creación de una prima de riesgo.

Esta ponderación sí es tenida en cuenta en el artículo 11.3 LCI cuando señala que, *en los préstamos con garantía real, la evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor de la garantía que exceda del importe del préstamo o en la hipótesis de que el valor de dicha garantía aumentará, a menos que la finalidad del contrato*



*de préstamo sea la construcción o renovación de bienes inmuebles de uso residencial.* Se reproduce sin más, el artículo 18.3 DCI y con esta norma se trata de evitar la práctica habitual llevada a cabo en los años anteriores a la crisis financiera por la que los prestamistas no valoraban la capacidad de reembolso y atendían exclusivamente al valor del inmueble dado en garantía.

Pero como ya he adelantado, la regulación no establece criterios objetivos (ratios de préstamo-ingresos y préstamo-valor)<sup>(26)</sup>, ni se señala la ponderación de cada variable para la fijación de la prima de riesgo. Así, por ejemplo, no es lo mismo que el pasivo pendiente (deudas ya asumidas) del potencial cliente tenga un peso del 30 % en la fijación de la prima de riesgo que tenga un peso del 10 %. Lo que parece claro es que el valor del inmueble nunca puede ponderarse más del 50 % pues entonces sería la variable predominante que es lo que quiere evitar la ley.

Con todo, lo que debería, a mi juicio, haberse realizado de forma correcta es la tasación del inmueble a la que se refiere el artículo 13 LCI y que ahora es obligatorio realizar. Se exige que el tasador sea independiente del prestamista e intermediario de crédito y se utilicen normas de tasación fiables y reconocidas internacionalmente remitiéndose a la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras.

La indefinición sigue presente y la LCI no añade nada al respecto. La determinación del grado de corrección del cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia sigue siendo compleja.

No obstante, se mantiene la vigencia de la OTSB, hay que tener en cuenta la norma contenida en su artículo 18.4 que dispone que *«en el caso de suscripción de seguros de amortización de créditos o préstamos, tal suscripción no podrá sustituir, en ningún caso, la necesaria y completa evaluación de la solvencia del cliente y de su capacidad para cumplir con sus obligaciones de pago por sus propios medios»*. Para los prestamistas incluidos en el ámbito de aplicación de la OTSB, esa norma operará. Para los excluidos no. Realmente no haría falta aclarar este extremo porque la evaluación de la solvencia implica la comprobación de la capacidad de reembolso del potencial prestatario y la existencia de un seguro cubre la eventualidad de un incumplimiento que puede obedecer a razones distintas no presentes en el momento de la evaluación e imprevisibles (paro, divorcio, enfermedad). En estas circunstancias

---

(26) En el caso de Suiza, no puede financiarse en ningún caso más del 80 % del valor de tasación del inmueble. El prestatario deberá aportar el 20 % del precio de la vivienda. Así mismo, el importe de las mensualidades del préstamo hipotecario no debe superar el 33 % de los ingresos del prestatario. Semejante planteamiento se sigue en el artículo 28 de la *Loi fédérale sur le crédit à la consommation* de 23 de marzo de 2001.

reside precisamente el riesgo de crédito del prestamista, en aquellas que no puede prever y que vendrían a estar cubiertas por un seguro. Pocas compañías cubrirán a un cliente que ya carece de capacidad de reembolso en el momento de la celebración del contrato. Por lo tanto, difícilmente puede darse la hipótesis que contempla el artículo 18.4 OTSB. En cualquier caso, aunque nada diga la LCI, por lo dicho, si el prestamista no evalúa la capacidad de reembolso y tan solo se limita a exigir un seguro de reembolso, habrá incumplido su obligación de evaluar la solvencia. La existencia de aquél no afecta a la necesidad de cumplimiento de su obligación de evaluar la solvencia.

Lo mismo cabe decir de la exigencia de fiadores o garantes. La diligencia profesional con la que el prestamista debe cumplir con su obligación de evaluar la solvencia es la misma, aunque el deudor aporte garantes o fiadores. El test de solvencia positivo no puede descansar en la existencia de garantías adicionales<sup>(27)</sup>. Las garantías constituyen un refuerzo del derecho de crédito que palía la posibilidad de incumplimiento fundamentalmente por circunstancias imprevisibles y sobrevenidas (sobreendeudamiento pasivo). Reitero lo dicho para el caso del seguro. No parece razonable que un tercero garantice a un deudor que en el momento de la constitución de la obligación ya no parece solvente<sup>(28)</sup>. Si el prestamista no evalúa la capacidad de reembolso del deudor y se limita a pedir garantías, habrá incumplido su obligación.

Con el régimen de la evaluación de la solvencia no se trata de blindar al prestamista ante un eventual incumplimiento del deudor, sino de evitar el

---

(27) Así se recoge en el Anejo 6 de la Circular 5/2012 cuando dispone que la capacidad de reembolso del deudor «se estimará bajo el supuesto de la utilización de las fuentes de renta habituales del prestatario, *sin depender de avalistas, fiadores o activos ofrecidos en garantía*, que deberán ser siempre considerados como una segunda y excepcional vía de recobro para cuando haya fallado la primera».

(28) Por eso son llamativas las medidas recientemente aprobadas para facilitar el acceso a la vivienda a los jóvenes avalando el Estado a través de avales ICO el 20% del préstamo hipotecario concedido para la compra de la primera vivienda habitual para jóvenes y familias con menores a su cargo. La línea de avales está dirigida a personas menores de 35 años con ingresos menores de 37.800 euros al año (4,5 veces el IPREM) y a familias con hijos y su patrimonio no exceda de 100.000 euros. Es decir, el público objetivo de esta medida es de solvencia limitada a las que la entidad financiera prestará el 100% del valor de la vivienda, quedando cubierto con el aval el 20% inicial. Esta medida fomenta el sobreendeudamiento y violenta las normas de préstamo responsable. El solicitante deberá tener solvencia acreditada para pagar el 100% del préstamo, lo cual parece poco probable dado el precio de la vivienda y los requisitos de limitados ingresos que se exigen. Si se quería ayudar a los jóvenes lo más efectivo sería que el Estado abonara el 20% del precio, lo cual no parece posible con los niveles actuales de gasto público. La medida es inadecuada y poco eficiente, como ya se está poniendo de manifiesto en el sector que ya ha denunciado que en más del 60% de los casos no permitirá la compra real de una vivienda pues muchos de los que reúnen los requisitos para obtener la ayuda pública no cumplirían los requisitos para una evaluación positiva de solvencia patrimonial. Se trata de una regulación que difícilmente encaja en la normativa de evaluación de la solvencia. <https://theobjective.com/economia/2024-08-15/agentes-inmobiliarios-ineficaces-ico/> (Consultado el 15 de agosto de 2024).

sobreendeudamiento del cliente. Por eso, el que esté blindado el prestamista con seguros y garantes, no supone que se haya evitado el sobreendeudamiento privado que es otra de las finalidades de la nueva regulación en materia de evaluación de la solvencia. Ello a pesar de que el legislador español, a mi juicio, no se haya percatado de este cambio de enfoque.

Este cambio de paradigma hay que tenerlo en cuenta por más que, como veremos, erróneamente a mi juicio, se mantengan los esquemas propios de la normativa de supervisión financiera para atender a las consecuencias del incumplimiento. Este planteamiento era correcto cuando las normas de evaluación de la solvencia tendían exclusivamente a proteger la solvencia de la entidad.

En cuanto a los costes que conlleve la realización de las operaciones de evaluación de la solvencia, aclara el artículo 11.2 que «*en ningún caso podrán repercutirse al potencial prestatario*». Ello implica que no podrá cobrar comisión de estudio el prestamista por este concepto al potencial cliente cuando le deniega el préstamo, ni siquiera cuando la entidad prestamista haya incurrido en gastos al contratar con terceros para realizar tal evaluación. En el caso de que se conceda el préstamo, tampoco podrá cobrar al prestatario por el estudio de la solvencia, pero nada impedirá que tales gastos puedan incluirse en la comisión de apertura, pues, tal y como dispone el artículo 14.4 LCI, englobará «los gastos de estudio».

## 4. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA

### 4.1 ¿Obligación de medios o de resultado?

Con carácter previo es preciso determinar cuándo existe un incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, para lo cual es necesario examinar si nos encontramos ante una obligación de medios o de resultado.

En relación con su *naturaleza*, la obligación de evaluar la solvencia exige valorar las perspectivas de cumplimiento del prestatario para atender a sus obligaciones en virtud del contrato de crédito. El mercado de crédito opera con información asimétrica por lo que no es posible exigir al prestamista la certeza acerca de la capacidad de pago del deudor. Desde este punto de vista, puede considerarse una obligación de medios<sup>(29)</sup>: el

---

(29) Así lo entiende en relación con la regulación contenida en la LCC, ORDÁS ALONSO, M., «Los contratos de Créditos al Consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio», Cuadernos de Aranzadi Civil-Mercantil, Thomson Aranzadi, 146. ÁLVAREZ OLALLA, *op.cit.*, p. 773. MELERO BOSCH, L., «El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor: consideraciones en torno a la concesión

prestamista debe hacer todo lo posible, con base en su diligencia profesional, por asegurarse de que el prestatario tiene capacidad de pago para reembolsar el préstamo. Obviamente, no es un resultado exigible al prestamista que efectivamente el cliente cumpla con sus obligaciones. Basta que se asegure de que potencialmente está en disposición de cumplir, sin que ello suponga un desmedido esfuerzo para el prestatario. Ahí reside, como he dicho la diferencia entre evaluación de riesgo de crédito y de solvencia.

No obstante, desde otra perspectiva, la realización de todas las operaciones necesarias para comprobar la capacidad de pago del prestatario puede configurarse como una obligación de resultado: o se evalúa o no se evalúa<sup>(30)</sup>. En este sentido, el prestamista incumple su obligación cuando, por ejemplo, no haya recabado toda la información necesaria para realizar tal evaluación (art. 20.1 DCI), no haya realizado una tasación del inmueble con arreglo a los criterios legales (art. 19 DCI) o no se hubiera tenido en cuenta la capacidad de reembolso o solo el valor del bien hipotecado (art. 18.3 DCI), o no se hubieran consultado las bases de datos de solvencia patrimonial, tal y como veremos, ordena el artículo 12 LCCI. El prestamista debe realizar la evaluación en la forma prevista legalmente. Sí es un resultado exigible el que realice una evaluación con arreglo a los procedimientos legales y consultando los datos preceptivos.

Y ello al margen de cómo se desarrolle posteriormente la ejecución del contrato, de que el deudor cumpla o no finalmente con sus obligaciones. Es más, hay que tener presente, que el mercado de crédito opera con información asimétrica y el sistema de información crediticia español

---

responsable de préstamos», Revista de Derecho bancario y bursátil, núm. 155, 2019, (*Proview*). SÁENZ DE JUBERA, B., *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 147.

MARÍN LÓPEZ, M. J., «La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario» en CARRASCO PERERA, A., Comentarios a la Ley de contratos de crédito inmobiliario, Thomson Aranzadi, 2019, p. 222. COLLADO RODRÍGUEZ, N., *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito (Adaptado a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario)*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 263. DÍAZ-ALABART, S. (2015), «Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas de ficheros de solvencia», en Díaz-Alabart, S. (Dir.) y Represa Polo, P. (Coord.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, p. 230. A su juicio, La norma no pide el simple desarrollo de una actividad profesional, sino que precisamente por esta profesionalidad debe alcanzar un resultado adecuado; esto es una evaluación de solvencia bien hecha. No basta con que se informe suficientemente, sino que se obtenga conforme a la *lex artis* de los profesionales del crédito un resultado en cuanto a las probabilidades de devolver el préstamo.

(30) MARÍN LÓPEZ, M. J., «La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario» en CARRASCO PERERA A., Comentarios a la Ley de contratos de crédito inmobiliario, Thomson Aranzadi, 2019, p. 222. DÍAZ-ALABART, S. (2015), «Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas de ficheros de solvencia», en Díaz-Alabart, S. (Dir.) y Represa Polo, P. (Coord.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, p. 230.

presenta deficiencias notables<sup>(31)</sup>, como explicaré posteriormente, por lo cual es factible que el prestamista, utilizando la información a su alcance, el resultado de la evaluación arroje un resultado positivo, a pesar de que el deudor presente incapacidad de pago. Si el prestamista ha cumplido las normas específicas de gestión de riesgos y control interno que le son aplicables a las entidades de crédito según su legislación específica a las que haré mención posteriormente, entiendo que tampoco el prestamista habrá incumplido su obligación legal de conceder el préstamo de manera responsable. Por eso, el que exista información asimétrica en el mercado de crédito, en cierto modo blindo a los prestamistas frente a reclamaciones por préstamo irresponsable.

Si faltan datos en el sistema al que puedan acceder, la incapacidad de pago inicial del prestatario no será imputable al prestamista, sino al defectuoso sistema de información crediticia. Cuantos más datos de solvencia fluyan, más fácil es controlar el grado de cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia y más eficiente es como mecanismo de prevención de sobreendeudamiento privado, con más datos, más fiable será el resultado en tanto a lo referente a la capacidad de pago. La voluntad de pago siempre es más compleja de adivinar, como veremos.

#### 4.2 Sanción derivada del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia

La clave de la eficacia de la regulación reside en las consecuencias derivadas del incumplimiento. Las mismas deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, tal y como ordena el artículo 38 DCI. Será proporcionada la sanción cuando se adecúe a la gravedad de la infracción; efectiva, cuando evite que el infractor se beneficie de la comisión de la infracción y disuasoria, cuando tiene efecto preventivo<sup>(32)</sup>. Pues bien, veremos que la regulación española no cumple ninguno de estos requerimientos por lo cual hay una deficiente transposición de la norma europea.

Hay que distinguir dos aspectos desde el punto de vista del grado de incumplimiento de la obligación. El primero es valorar si el prestamista realizó o no las operaciones necesarias para evaluar la capacidad de reembolso. Así, por ejemplo, si exigió o no información sobre los factores pertinentes a que se hace referencia en el artículo 11.1 LCI (situación de empleo, los ingresos presentes, los previsibles durante la vida del préstamo,

(31) Trato de este tema en Sección 4.<sup>a</sup>, Ap. VI del presente Tratado.

(32) ARROYO AMAYUELAS, E., «Comentario al artículo 21» en Comentarios a la Ley de Crédito al consumo dirigido por Marín López M. J., Ed. Aranzadi, 2014, p. 813.

los activos en propiedad, los ahorros, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos), consultó las bases de datos de solvencia patrimonial tal y como ordena el artículo 12.1 LCI, y estableció una prima de riesgo en función de los procedimientos a que se alude en el artículo 11.2 LCI.

La segunda vertiente de la obligación es si, una vez realizadas todas las operaciones para determinar la prima de riesgo del potencial cliente, el prestamista debe o no actuar en consonancia con el resultado. Es decir, si hay o no prohibición de contratar cuando el test de solvencia es negativo. Se trata de dos aspectos que, a mi juicio, no deben ser confundidos.

Al primer aspecto se refiere el artículo 11.4 LCI cuando dispone que *«la incorrecta evaluación de la solvencia no otorgará al prestamista la facultad de resolver, rescindir o modificar ulteriormente el contrato de préstamo, salvo que se demuestre que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente la información»*. Se reproduce el artículo 18.4 DCI, aunque con algunos cambios. El texto de la DCI alude a que *«el prestamista no anule o modifique ulteriormente dicho contrato»* aunque en el Considerando 58 se refiere a *«rescindir»*. Por el contrario, el artículo 11.4 se refiere a la facultad de *«resolver, rescindir o modificar»* y no se refiere a la nulidad. El que no se use este término, evidencia que las irregularidades en la evaluación de la solvencia no afectan a la validez del contrato, sino a la esfera del cumplimiento. Cuando la evaluación incorrecta de la solvencia sea imputable al prestamista, éste no podrá resolver el contrato, lo que parece lógico cuando se trata de su propio incumplimiento. Sí podrá hacerlo cuando el incumplimiento es imputable a la actuación del consumidor por ocultar datos de solvencia o falsificarlos. Es posible que el término *«anular»* utilizado en la DCI no lo haya sido en sentido estricto, dado que en el Considerando 58, utiliza la palabra *«rescisión»*. Pero lo que merece ser resaltado es que el legislador español ha huido de la palabra nulidad, lo cual es relevante, como veremos, para saber lo que acontece cuando se concede el préstamo ante un test negativo de solvencia.

Por otro lado, se podría entender que esta prohibición de resolver se establece, precisamente porque, de no imponerse, el prestamista podría hacerlo, lo cual no tiene mucho sentido cuando es por evaluación incorrecta del propio prestamista. Quien podría hacerlo sería solo el consumidor en cualquier caso y pocos incentivos tiene para hacerlo, dado que le supondría la devolución total del préstamo. La restricción de la legitimación al prestamista tiene sentido cuando se trata de nulidad (absoluta), como hace la DCI, pero no cuando se trata de resolución.

En cualquier caso, no se prevé ningún tipo de consecuencia contractual específica, para el caso de que el prestamista haya evaluado incorrectamente la solvencia por causas a él solo imputables. Hay que tener en

cuenta que las normas establecidas en la LCI tienen la consideración de normas de ordenación y disciplina (art. 44 LCI). Su eficacia en el ámbito contractual sigue siendo discutida<sup>(33)</sup>. En ausencia de norma específica se ha alegado la posible resolución del contrato a instancias del prestatario y la posible exigencia de una indemnización de daños y perjuicios<sup>(34)</sup>. Estas consecuencias tienen una nula eficacia disuasoria y violentarían el artículo 38 DCI. La resolución obligará al prestatario a devolver el capital prestado y pretender que un deudor sobreendeudado demande a una entidad financiera para reclamar unos daños y perjuicios es cercana a la ciencia ficción. En la práctica, parece que solo hay sanciones administrativas por mucho que la doctrina luche por defender sanciones contractuales que, a mi juicio, son ineficientes y absolutamente inútiles, tal y como la práctica ha puesto de manifiesto.

En cualquier caso, la comprobación acerca de la corrección o no del procedimiento de evaluación se complica porque, como he dicho, no se establecen ratios de préstamos-ingresos y préstamo-valor. De nada vale diseñar un régimen jurídico de la obligación de evaluar la solvencia si luego es complicado verificar su grado de cumplimiento. En el mismo error incurre, a mi juicio, la nueva DCC 2023.

#### 4.3 En particular, la posición del prestamista ante un test negativo de solvencia

Partiendo de que el prestamista ha hecho una evaluación correcta de la solvencia, arrojando un resultado negativo ¿Tiene prohibición de contratar? ¿Solo se entiende cumplida la obligación si el prestamista actúa en consonancia con el resultado de la evaluación? O hay prohibición de contratar o hay incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia de un contrato válidamente celebrado.

De nuevo el legislador español no aclara nada y reproduce la indefinición de la regla establecida en el artículo 18.5 de la DCI<sup>(35)</sup>. Dispone el

---

(33) Cfr. sobre esta cuestión ZUNZUNEGUI PASTOR, F., «Remedios contractuales a la mala conducta bancaria», Revista de Derecho del mercado financiero Working paper 1/2021, enero 2021. <http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2021/01/WP-1-2021-Zunzunegui-F.-Remedios-civiles-frente-a-la-mala-conducta-bancaria-1.pdf>.

(34) ARROYO AMAYUELAS, E., «Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario», Working paper 9/2018. Universidad de Barcelona, p. 17. Defiende esta postura en el ámbito del crédito al consumo, ALVAREZ LATA, N., Comentario al artículo 14 LCC, en Marín López, M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Crédito al Consumo*, Thomson Aranzadi, 2014, p. 611.

(35) «Los Estados miembros velarán por que: a) el prestamista solo ponga el crédito a disposición del consumidor si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan según lo establecido en dicho contrato;

artículo 11.5 LCI que *«el prestamista solo pondrá el crédito a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan según lo establecido en dicho contrato»*. La DCI (art. 38) no añade nada más y se limita a exigir que las sanciones por incumplimiento de las disposiciones nacionales dictadas en aplicación de la DCI, *sean eficaces, proporcionadas y disuasorias*<sup>(36)</sup>.

¿Cuál es el régimen sancionador que establece la LCI? El artículo 44 LCI señala que *«las obligaciones establecidas en esta Ley y sus normas de desarrollo tendrán el carácter de normas de ordenación y disciplina para los intermediarios de crédito inmobiliario, sus representantes designados y los prestamistas inmobiliarios, ya sean personas físicas o jurídicas cualquiera de los anteriores»*. Por su parte, el artículo 46 LCI señala que *«la realización de actos u operaciones por parte de un prestamista, intermediario o su representante designado o una sucursal en España con incumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley y en su normativa de desarrollo, siempre que por el número de afectados, la reiteración de la conducta o los efectos sobre la confianza de la clientela y la estabilidad del sistema financiero tales incumplimientos puedan estimarse como especialmente relevantes, conforme al apartado x) del artículo 92 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito»*. Es decir, aparentemente, el sistema se ordena desde la normativa de ordenación y supervisión que, como es bien sabido, tienden a proteger la solvencia de la entidad y la estabilidad del sistema financiero. No van dirigidas a la protección del consumidor en su contrato con la entidad. Se omite toda referencia a las consecuencias que el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia tiene en el contrato de préstamo celebrado con el prestatario. O no se quiere que tenga ninguna o nos remitimos al régimen civil general que, como veremos, es todo menos disuasorio. La intervención del legislador en este ámbito era imprescindible.

Por el contrario, este aspecto está claro en el artículo 18.6 OTSB dispone que *«la evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su*

---

(36) «Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas sobre la base de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su ejecución. Esas sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias».



*plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes».* En el régimen vigente hasta la fecha, la concesión del préstamo ante un test negativo carecía de consecuencias específicas en el terreno contractual. El prestamista era libre para contratar, sin perjuicio de las eventuales sanciones administrativas que, en su caso, pudieran derivarse por la normativa de supervisión bancaria por la ausencia de evaluación correcta de la solvencia. Si se concedía el préstamo ante un test de solvencia negativo, el contrato era perfectamente válido y el deudor se veía obligado a cumplir. Este ha sido el régimen vigente en España sobre la evaluación de la solvencia, el cual se ha mantenido en el artículo 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (en adelante, LCC).

La DCI quiso dar un paso más respecto de la Directiva de Crédito al Consumo de 2008<sup>(37)</sup> y como señala en el Considerando 22, *«resulta oportuno que las disposiciones relativas a la evaluación de la solvencia sean más estrictas que las vigentes en relación con el crédito al consumo».* Interpretar la DCI en los mismos términos que la DCC y llegar a las mismas conclusiones no parece razonable, porque –insisto– la DCI pretende ser más estricta en el ámbito del crédito inmobiliario. Buena prueba de ello es que se ha trasladado el criterio de la DCI a la nueva Directiva de Crédito al consumo<sup>(38)</sup> cuyo artículo 18.6<sup>(39)</sup> reitera la regla prevista en el artículo 18 DCI.

La clave está en determinar si la norma contenida en el artículo 18.5 DCI y reproducida en el artículo 11.5 LCI establece o no una prohibición del prestamista de contratar cuando el resultado de la evaluación de la solvencia del cliente arroja un resultado negativo<sup>(40)</sup>. En caso afirmativo hay que determinar cuáles serían las consecuencias que se derivan de tal prohibición.

*La primera opción de interpretación es la que entiende que existe prohibición de contratar cuando el test de solvencia del cliente arroja un resultado negativo.*

---

(37) Directiva 2008/48/ de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo. (En adelante, DCC).

(38) Directiva (UE) 2023/2225 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE.

(39) Los Estados miembros velarán por que el prestamista no ponga el crédito a disposición del consumidor hasta que el resultado de la evaluación de solvencia indique que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan en la forma requerida en dicho contrato, teniendo en cuenta los factores pertinentes a que se refiere el apartado 1.

(40) *Vid.* Más extensamente mi trabajo Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario, RCDI Núm. 764, pp. 2871 a 2924.

Partiendo del tenor literal de la norma del artículo 18.5 DCI, reproducido en el actual artículo 11.5 LCI, no son pocos los autores<sup>(41)</sup> que entienden que hay prohibición de contratar ya que, de lo contrario, perdería toda virtualidad el propio régimen jurídico de la evaluación de la solvencia, cuyo objetivo es precisamente prevenir el sobreendeudamiento privado. Aquí residiría el endurecimiento del régimen de la DCI respecto de la DCC, prohibiendo la contratación.

Los partidarios de la existencia de una prohibición de contratar o bien consideran nulo el contrato<sup>(42)</sup> o bien consideran que no es nulo por tratarse de una norma de conducta. En tal caso, se entiende que la violación de tal prohibición legal daría lugar a incumplimiento contractual y a la correspondiente indemnización y sanción administrativa. En suma, se da tratamiento civil como deber precontractual a lo que previamente han considerado una prohibición legal<sup>(43)</sup>, planteamiento a mi juicio, muy discutible desde el punto de vista técnico, poco coherente y, sobre todo, poco disuasorio.

Según este planteamiento, el cliente debería demandar a la entidad financiera para provocar la ineficacia del contrato, devolver el préstamo perdiendo el beneficio del plazo y cargar con los costes de reclamar daños y perjuicios al prestamista. Ello sin tener en cuenta los problemas probatorios del daño y el papel del prestatario en la operación por cuanto ha aceptado un préstamo sin tener capacidad de reembolso. Podrá también poner en conocimiento del supervisor la irregularidad, y que éste imponga una sanción al prestamista, siempre que la infracción «no tenga carácter ocasional o aislado», sanción administrativa con nulo impacto en el contrato con el prestatario.

Además, como consideran que hay prohibición legal, el prestatario podría demandar a la entidad incluso aunque no hubiera incumplido su contrato de préstamo y el prestamista también podría ser objeto de sanción

---

(41) DÍAZ-ALABART, S. (2015), «Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas de ficheros de solvencia», en Díaz-Alabart, S. (Dir.) y Represa Polo, P. (Coord.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE), Incluso para el crédito al consumo, ya lo defendía ALVAREZ LATA, N., Comentario al artículo 14 LCC, p. 609. ARROYO AMAYUELAS, E., «Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario», Working paper 9/2018. Universidad de Barcelona, p. 8. ANDERSON, M., «La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios y su previsible impacto en el Derecho español, en Arroyo Amayuelas, E. y Serrano de Nicolás, A. (Dir.), La europeización del Derecho privado: cuestiones actuales, Marcial Pons, 2016, p. 58.*

(42) ZUNZUNEGUI, F., Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios Revista del Mercado Financiero, 2015,2, p. 20. NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H., «Un paso más a la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por L. 20/2014, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 139, 2015.

(43) ARROYO AMAYUELAS, E., *op. cit.*, p. 17.

administrativa –insisto– aunque el prestatario hubiera cumplido. Así mismo, en el caso de que el deudor hubiera incumplido por circunstancias sobrevenidas (por ejemplo, paro, enfermedad, divorcio) también podría el prestatario demandar al prestamista porque habría concedido el préstamo en contra de una prohibición legal. Todos estos efectos son un sinsentido que pueden fulminar el mercado de crédito.

Pero lo más importante es que este planteamiento pegado a la letra de la norma lleva a consecuencias que son contrarias a la DCI. No solo creo que esta interpretación no es la correcta, sino que voy más allá: violenta la DCI (art. 38) porque las sanciones administrativas y una demanda de responsabilidad civil tiene nulo efecto disuasorio.

*La segunda opción de interpretación es la que entiende que no existe prohibición legal de contratar; si bien la regulación debe incentivar que los prestamistas solo concedan préstamos cuando el test de solvencia sea positivo.* Responsabilizar al prestamista de las consecuencias del préstamo irresponsablemente no necesariamente conlleva una prohibición de contratar.

A mi juicio, como ya mantuve en su momento<sup>(44)</sup>, no hay prohibición de contratar y la mención que se hace en el artículo 18 DCI y que se reproduce en el artículo 11 LCI que ordena que el prestamista solo *pondrá el crédito a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia es positivo* significa que esta actuación debe tener algún tipo de consecuencia, *pero solo en el caso de que el deudor devenga insolvente por razones que ya existían en el momento de la celebración del contrato*. Se destaca este matiz en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) cuando señala que «*el objetivo perseguido por la evaluación de la solvencia del prestatario debería ser evitar el endeudamiento excesivo. En el caso de impago, el prestamista deberá asumir la responsabilidad si su decisión se ha basado en una evaluación mediocre de la solvencia del prestatario. Los costes que generan los préstamos irresponsables deben ser soportados por el prestamista*»<sup>(45)</sup>.

Por tanto, el prestamista que concede un préstamo con un test de solvencia negativo solo debe responder en caso de impago del deudor. Si

---

(44) CUENA CASAS, «Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario, *cit.*», pp. 2897 ss. En el mismo sentido, ALVAREZ OLALLA, P., «La obligación de evaluar la solvencia», en *Vivienda e hipoteca*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Coordinado por Domínguez Luelmo, A., Ed. Tecnos, Madrid, 2018, p. 166. LUQUIN Bergareche, R.: *El crédito al consumo en el contexto de crisis: impacto normativo y tutela del consumidor*, Aranzadi 2015, p. 300.

(45) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial» [COM(2011) 142 final – 2011/0062 (COD)]. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ: C:2011:318:0133:0138: ES: PDF>.

se mantiene que hay prohibición de contratar, para ser coherentes, el prestamista respondería incluso cuando el deudor está cumpliendo con sus obligaciones<sup>(46)</sup>, lo cual, como he dicho, es un efecto indeseable. Este resultado es el lógico cuando se sanciona con nulidad el contrato celebrado con un test de solvencia negativo. Esta es la solución del Derecho checo y de ahí que el TJUE en sentencia de 11 de enero de 2024<sup>(47)</sup> haya concluido que aunque el consumidor haya cumplido el contrato, éste puede demandar a la entidad por incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. Esta es una consecuencia lógica derivada de la sanción de nulidad que prevé específicamente el Derecho checo, pero que no necesariamente tiene que darse en todos los supuestos. Dependerá de la sanción que imponga cada Estado miembro. El legislador español no ha establecido la sanción de nulidad y por ello creo que ese efecto no necesariamente se produce.

Pero, sobre todo, a la hora de establecer el alcance del artículo 11.5 LCI, hay que tener en cuenta la solución interpretativa que se adopte no puede desnaturalizar el negocio bancario. Y ello porque una cosa es controlar el riesgo bancario y otra anularlo. Lograr este equilibrio es complejo y, a mi juicio, la opción no debe ser prohibir la celebración del contrato, sino *anudar consecuencias jurídicas cuando por consecuencia de la concesión del préstamo tras un test negativo de solvencia*, el deudor incumple, fruto de ese sobreendeudamiento activo. Solo en ese caso cabe reacción por parte del prestatario y, en su caso, el supervisor bancario. No se castiga el haber dado un préstamo ante un test de solvencia negativo, sino el haberlo hecho y que *ello* haya provocado el incumplimiento del deudor. Sin éste, no hay consecuencias. De hecho, la libertad de contratación se mantiene en el artículo 18.6 OTSB que ha sido modificada con posterioridad a la aprobación de la LCI. Lo que la norma europea quiere es que haya consecuencias cuando se concede un préstamo ante test de solvencia negativo, pero ello no implica necesariamente que esa finalidad se logre a través de una prohibición de contratar y de una nulidad contractual.

Y es que cuando el prestamista se encuentra ante un test de solvencia negativo puede, no obstante, estar interesado en la operación (piénsese

---

(46) Por el contrario, para ANDERSON, M., «La Directiva 2014/17/UE, *cit.*», p. 58, nota 26, defiende que el consumidor pueda reclamar a la entidad prestamista antes de que se produzca el incumplimiento. También lo defiende ARROYO AMAYUELAS, *op. cit.*, p. 18. ¿Pero qué prestatario va a emprender semejante aventura? ¿Para qué? Si resuelve el contrato, deberá devolver el capital prestado y eso solo ya es un daño para el propio prestatario. Cosa distinta es que no se vea penalizado el consumidor por reembolso anticipado, pero esto lo tiene que establecer la ley y la LCI no lo hace.

(47) Asunto C755/22, Nárokuj s.r.o. Y EC Financial Services, a.s. He comentado esta sentencia en el blog de la Fundación Hay Derecho «Sanciones al préstamo irresponsable. El TJUE se pronuncia». <https://www.hayderecho.com/2024/01/31/sanciones-al-prestamo-irresponsable-el-tribunal-de-justicia-de-la-ue-se-pronuncia/> 31 de enero de 2024.

en un joven con previsión favorable de ingresos futuros) y solicitar garantías adicionales. Vetarle la posibilidad de contratar puede ser contraproducente para el correcto funcionamiento del mercado de crédito.

Si la DCI no prohíbe la contratación ¿qué alcance tiene la norma contenida en el artículo 18.5 DCI y el artículo 11.5 LCI? A mi juicio, es un mandato para que el legislador imponga consecuencias para el caso de insolvencia del deudor por fruto –insisto– de ese sobreendeudamiento activo, lo suficientemente efectivas que *disuadan* al prestamista, en el margen de su libertad contractual, de conceder el préstamo cuando el test de solvencia es negativo<sup>(48)</sup>. Es en este terreno donde hay que introducir cambios legales. Se trata de abordar en esta sede el mismo enfoque que se adopta en la normativa de supervisión, cuyos efectos no se extienden a la validez de los contratos, sino que los eventuales incumplimientos obligan a las entidades a provisionar, además de las sanciones impuestas por el supervisor.

La responsabilidad del prestamista por haber concedido un préstamo con un test de solvencia negativo solo debe derivarse en los casos en los que no son circunstancias sobrevenidas (desempleo, divorcio, enfermedad) del consumidor las que provocan el impago. Es decir, el prestamista debe responder cuando siendo el test negativo, el deudor no puede cumplir por circunstancias que ya estaban presentes en el momento de la concesión del préstamo. Si se mantiene hay prohibición de contratar, el prestamista respondería aun en los casos en los que el deudor no cumple por circunstancias sobrevenidas y no por su falta de capacidad de pago inicial. Incluso el prestamista podría ser sancionado en caso de que el deudor cumpliera porque ha contratado teniéndolo prohibido, lo cual, insisto, es absurdo salvo que expresamente se disponga la nulidad del contrato.

Hay que atender al efecto útil de la DCI y que se consiga la finalidad que persigue que no es solo la protección de la solvencia de la entidad, sino también la del consumidor (o persona física a la que es de aplicación LCI), pero sobre todo, no se puede desnaturalizar el negocio bancario y «transferir al prestamista la responsabilidad que incumbe al consumidor en caso de que este incumpla sus obligaciones en virtud del contrato de crédito» (Considerando 56 DCI). Defender planteamientos que desnaturalizan y directamente «se cargan» el mercado de crédito y generan una injustificada exclusión financiera no me parece de recibo.

---

(48) ÁLVAREZ OLALLA, P., «La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento», en Cuenca Casas, M. (Dir.), La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables, Thomson Aranzadi 2017, p. 794.

#### 4.4 **¿Qué consecuencias se han previsto en la LCI para el caso de que el prestamista conceda el préstamo con un test de solvencia de negativo?**

La única consecuencia que prevé de manera expresa en la LCI es la sanción administrativa impuesta por el supervisor (arts. 44 y siguientes LCI).

La LCI no entra en las eventuales sanciones de Derecho privado que, a mi juicio, deberían haberse establecido de manera expresa evitándose las reglas generales que cabría deducir desde el punto de vista de la teoría general del contrato. Tales sanciones debían consistir como ya defendí<sup>(49)</sup> en la eventual pérdida del prestamista de intereses moratorios y remuneratorios tal y como se ha establecido en otros ordenamientos<sup>(50)</sup>. Cuando el acreedor reclamara el cumplimiento al deudor éste podría oponer por vía de excepción el carácter irresponsable del préstamo y que se había concedido con un test de solvencia negativo. De esta forma, el deudor no tendría que demandar al prestamista ninguna indemnización, evitándose los costes que ello le conllevaría. El control del préstamo responsable se llevaría a cabo no solo por el supervisor bancario (sistema que ha fracasado como se comprueba con la crisis financiera de 2008), sino también por los jueces.

También propuse que, si el prestamista concedió el préstamo con test de solvencia negativo, en caso de declaración de concurso del consumidor, fruto de este sobreendeudamiento activo, la Ley Concursal debía contemplar la posibilidad de una subordinación judicial del crédito o alternatively, la posibilidad de que el crédito se pueda ver afectado por la exoneración del pasivo insatisfecho (arts. 486 y ss del Texto refundido de la Ley concursal aprobado por Real decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo).

Con estas medidas está claro que el prestamista *«solo pondrá el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan según lo establecido en dicho contrato»*. Y lo hará por voluntad propia, sin necesidad de prohibiciones legales. Lo hará porque la ley establecería incentivos para hacerlo. El mercado de crédito es un mercado privado y el legislador, en el ámbito de la contratación lo que tiene que hacer es establecer incentivos.

En su momento defendí que para transponer la DCI el legislador español debía introducir sanciones específicas de Derecho privado porque

---

(49) CUENA CASAS, M., «Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario», *cit.*, p. 2899.

(50) En Francia, los artículos L312-16 L341-27, L341-28, L341-31 y L.341-33 del Código de Consumo prevén la pérdida de intereses remuneratorios. En Bélgica el *Code de Droit Économique*, artículo VII.201, VII.209, prevé la pérdida de los intereses moratorios y la reducción de la obligación de restituir el capital.

entiendo que las sanciones administrativas y la responsabilidad civil no suponen un mecanismo disuasorio al préstamo responsable, tal y como exige la DCI. Es claro que las entidades financieras prefieren que el control del préstamo irresponsable quede «en casa» en manos de un supervisor que puede no actuar, tal y como la experiencia ha demostrado. El sistema no puede seguir igual y si algo temen las entidades financieras es un control judicial del préstamo irresponsable. Los jueces sí actúan. Bien lo saben tras la cascada de acciones de nulidad por cláusulas abusivas en contratos del préstamo hipotecario. El lobby bancario actuó evitando que alguna enmienda prosperara<sup>(51)</sup>.

Pues bien, tales sanciones de Derecho privado no se han establecido y por ello creo que no hay una transposición correcta y eficiente de la DCI en la LCI. De hecho, el TJUE ya en sentencia de 10 de junio de 2021<sup>(52)</sup> ha declarado no disuasorias las sanciones administrativas con ocasión de la regulación de la evaluación de solvencia en Derecho polaco. Entiende que para que una sanción sea efectiva y disuasoria, es preciso privar a los infractores de las ventajas económicas derivadas de las infracciones que cometieron.

«Tal sanción (multa administrativa) no puede garantizar de manera suficientemente eficaz la protección de los consumidores frente a los riesgos de sobreendeudamiento e insolvencia que persigue la Directiva 2008/48 si no afecta a la situación de un consumidor concreto al que se ha concedido un contrato de crédito incumpliendo lo dispuesto en el artículo 8 de dicha Directiva».

«Para determinar si una normativa nacional aplica suficientemente las obligaciones derivadas de una directiva determinada, debe tenerse en cuenta no solo la normativa específicamente adoptada a efectos de la transposición de dicha directiva, sino también el conjunto de normas jurídicas disponibles y aplicables».

---

(51) El Grupo Parlamentario Ciudadanos presentó una enmienda en el Congreso de los Diputados (Enmienda núm. 186): Se introducía el siguiente texto: 8. *Sin perjuicio del régimen sancionador previsto en los artículos 44 y siguientes de la presente ley, cuando el deudor se vea imposibilitado de devolver el préstamo por circunstancias que estaban presentes y eran previsibles en el momento de su concesión, podrá oponerse a la reclamación realizada por el prestamista alegando, en su caso, el incumplimiento por éste de la obligación de evaluar la solvencia o la concesión del préstamo existiendo test negativo.*

*En este caso, el juez acordará la pérdida del derecho del prestamista al cobro de los intereses remuneratorios y moratorios, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

*La carga de la prueba del cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia corresponderá al prestamista.*

BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 12-3, de 23/03/2018 La enmienda no prosperó en el Congreso de los Diputados por un voto. 165 votos a favor y 166 en contra.

(52) Asunto 303/20, *Ultimo Portfolio Investment Luxembourg* EU: C: 2021:479, apartado 32.

Y es que si lo que se pretende es prevenir el sobreendeudamiento, la sanción debe tener impacto en la relación contractual con el consumidor. ¿De qué le vale al consumidor la sanción administrativa si tiene que devolver el préstamo con sus intereses? Por tal razón el titular del Juzgado de Primera instancia de Fuenlabrada (Auto 2/2024 de 31 de enero de 2024)<sup>(53)</sup> considera que el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia debe implicar sanciones civiles. Por tal razón ha planteado cuestión prejudicial ante el TJUE en estos términos: ¿Los artículos 8 y 23 de la Directiva 2008/48 se oponen a una interpretación del Derecho nacional por la que ante el incumplimiento por el prestamista de la obligación de evaluar la solvencia la mera previsión de sanciones administrativas excluye la posibilidad de declarar la nulidad del contrato de crédito o imponer otra consecuencia civil? Aunque referida al crédito al consumo, la interpretación será extrapolable al crédito inmobiliario dada la simetría de la regulación. Habrá que esperar a esta sentencia cuyas consecuencias son de gran trascendencia.

## 5. CONCLUSIÓN: ¿RESPETA EL DERECHO ESPAÑOL LA NORMATIVA EUROPEA EN MATERIA DE PRÉSTAMO IRRESPONSABLE?

La regulación contenida en la LCI sobre la evaluación de la solvencia es censurable y poco ha cambiado respecto de la situación anterior a la crisis. La LCI se centra en los abusos en la contratación bancaria y el legislador «se olvida» de que lo relevante y auténticamente novedoso del nuevo régimen establecido en la DCI es que la obligación de evaluar la solvencia pasa del ámbito de la ordenación y supervisión bancaria (regulación que siempre ha existido y tiende a proteger la solvencia de la entidad) a ser mecanismo de protección del cliente bancario. Con la nueva regulación europea se pretende, a mi juicio, responsabilizar a las entidades financieras en la prevención del sobreendeudamiento privado.

Este cambio de perspectiva debía haberse producido en la LCI, cosa que no ha sucedido. Seguimos igual, con normas prudenciales que dejan en manos del supervisor bancario el control del préstamo responsable, modelo que ha fracasado y buena prueba de ello es la crisis financiera de 2008. Se impone una aplicación conforme del Derecho europeo para que sea realidad el mandato impuesto por la norma europea de que las sanciones al préstamo irresponsable deben ser proporcionales, efectivas y disuasorias. Una interpretación que indirectamente beneficie al prestamista

---

(53) Id. Cendoj: 28058420012024200001.



irresponsable, por ejemplo, denegando al deudor la exoneración del pasivo insatisfecho en el proceso concursal ((art 487.1.6.º TRLC)) por endeudamiento irresponsable del deudor sin tener en cuenta el incumplimiento del prestamista de la obligación de evaluar la solvencia sería contraria a la normativa europea de préstamo responsable<sup>(54)</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACCIS (Association of consumer credit information suppliers), «Principles on creditworthiness assessment. A perspective from the credit reference industry». 6 de noviembre de 2018 <https://accis.eu/wp-content/uploads/2018/11/Final-Proofread-Principles-on-Creditworthiness-Assessments-and-the-Role-of-CRAs.pdf>.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo* <https://derechomercantiles.es/pot.com/2014/04/la-obligacion-de-comprobar-la-solvencia.html>.
- ALVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 14 LCC», en Marín López, M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Crédito al Consumo*, Thomson Aranzadi, 2014.
- ÁLVAREZ OLALLA, P., La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento, en Cuenca Casas, M. (Dir.), *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, Thomson Aranzadi 2017.
- ANDERSON, M., «La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios y su previsible impacto en el Derecho español», en Arroyo Amayuelas, E., y Serrano de Nicolás, A. (Dir.), *La europeización del Derecho privado: cuestiones actuales*, Marcial Pons, 2016.
- ARROYO AMAYUELAS, E., «Comentario al artículo 21» en *Comentarios a la Ley de Crédito al consumo dirigido por Marín López M. J.*, Ed. Aranzadi, 2014.
- «Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario», Working paper 9/2018. Universidad de Barcelona.
- CELENTANI, M.; GANUZA, J. J., y GÓMEZ POMAR, F., «*El régimen legal del crédito hipotecario en España: un análisis económico*» en Ganuza, J. J., Gómez Pomar, F (Coord.), *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- COLLADO RODRÍGUEZ, N., *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito (Adaptado a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario)*, Ed: Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

---

(54) Sobre esta importante cuestión mi trabajo y la jurisprudencia al respecto emanada de los juzgados de lo mercantil, Cfr. «Incertidumbres alrededor de la segunda oportunidad», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R)*, núm. 12, 2024, pp. 61-96.

- CUENA CASAS, M., «Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario», RCDI, núm. 764, págs. 2871-2894. <https://hdl.handle.net/20.500.14352/18302>.
- «La evaluación de la solvencia en los contratos de crédito inmobiliario», Ley de contratos de crédito inmobiliario: estudios y comentarios/coord. por Lorenzo Prats Albentosa, 2020, pp. 175-235.
  - «Sanciones al préstamo irresponsable. El TJUE se pronuncia». <https://www.hayderecho.com/2024/01/31/sanciones-al-prestamo-irresponsable-el-tribunal-de-justicia-de-la-ue-se-pronuncia/> 31 de enero de 2024.
  - «Incertidumbres alrededor de la segunda oportunidad», Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R), núm. 12, 2024, pp. 61-96.
- DÍAZ-ALABART, S. (2015), «Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas de ficheros de solvencia», en Díaz-Alabart, S. (Dir.) y Represa Polo, P. (Coord.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*.
- ECONOMIC POLICY INSTITUTE, «The productivity-Pay gap» <https://www.epi.org/productivity-pay-gap/>.
- FINANCIAL SERVICES USER GROUP, «Responsible consumer credit lending. FSUG opinion and recommendations for the review of the Consumer Credit Directive», [https://finance.ec.europa.eu/system/files/2019-04/fsug-opinions-190408-responsible-consumer-credit-lending\\_en.pdf](https://finance.ec.europa.eu/system/files/2019-04/fsug-opinions-190408-responsible-consumer-credit-lending_en.pdf).
- LUQUIN BERGARECHE, R., *El crédito al consumo en el contexto de crisis: impacto normativo y tutela del consumidor*, Aranzadi 2015.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., «La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario» en Carrasco Perera A., Comentarios a la Ley de contratos de crédito inmobiliario, Thomson Aranzadi, 2019.
- MELERO BOSCH, L., «El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor: consideraciones en torno a la concesión responsable de préstamos», Revista de Derecho bancario y bursátil, núm. 155, 2019, (*Proview*).
- ORDÁ; SCHULARICK, y TAYLOR, *Sovereigns versus Banks: Credit, Crises, and Consequences?* [http://www.parisschoolofeconomics.eu/IMG/pdf/sovbanksnber\\_wp\\_19506\\_1\\_-2.pdf](http://www.parisschoolofeconomics.eu/IMG/pdf/sovbanksnber_wp_19506_1_-2.pdf).
- ORDÁS ALONSO, M., «Los contratos de Créditos al Consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio», Cuadernos de Aranzadi Civil-Mercantil, Thomson Aranzadi.
- RONA-TAS, A., y GIUSEVA, A. (2013), «Information and Consumer Credit in Central and Eastern Europe», *Journal of Comparative economics*, 41(2), 420.
- SÁENZ DE JUBERA, B., *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Tirant lo Blanch, 2019.
- ZUNZUNEGUI PASTOR, F., «Remedios contractuales a la mala conducta bancaria», Revista de Derecho del mercado financiero Working paper 1/2021, enero 2021. <http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2021/01/WP-1-2021-Zunzunegui-F.-Remedios-civiles-frente-a-la-mala-conducta-bancaria-1.pdf>.



## A. VIVIENDA HABITUAL Y CRÉDITO HIPOTECARIO

### A.5 Gestión público-privada de situaciones de crisis<sup>\*</sup>

**Ana María De la Encarnación**

*Departamento de Derecho Administrativo*

*Universitat de València*

*Ana.maria.encarnacion@uv.es*

**Resumen:** *El papel de las Administraciones Públicas en la gestión de las crisis vinculadas al crédito hipotecario resulta clave en la protección de los colectivos vulnerables y para mitigar el impacto social y económico de las ejecuciones hipotecarias. Analizamos a continuación las actuaciones administrativas implementadas hasta el momento, así como diversas alternativas públicas que complementan estas acciones en la protección de las personas deudoras hipotecarias, en concreto aquellas acciones destinadas a evitar una intervención administrativa más severa, como son las medidas de fomento, las fórmulas de tenencia alternativa e, incluso, la mediación administrativa.*

**Palabras clave:** *Administración Pública; vivienda; intervención administrativa; crisis habitacional; vivienda vacía.*

---

<sup>\*</sup> Este artículo se enmarca en el Proyecto «La planificación administrativa» (PID2023-152781NB-I00), Plan Nacional, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, 2024-2026.

**Abstract:** *The role of Public Administrations in managing crises related to mortgage credit is crucial for ensuring the protection of vulnerable groups and mitigating the social and economic impact of foreclosures. This analysis examines the administrative actions implemented thus far, as well as various public alternatives that complement these efforts in safeguarding mortgage debtors. Specifically, it focuses on actions aimed at preventing more severe administrative intervention, such as incentive programs, alternative tenure arrangements, and even administrative mediation.*

**Keywords:** *Public Administration; housing; public intervention; housing crisis; vacant housing.*

**Sumario:** 1. Derechos sociales, vivienda y acción pública. 1.1 El derecho a la vivienda. 1.2 Exclusión residencial y colectivos vulnerables. 1.3 Poderes públicos y vivienda. 2. La Administración Pública en la gestión de la crisis habitacional. 3. Alternativas públicas ante el desafío inmobiliario. 3.1 Medidas de fomento. 3.1.1 Ampliación del parque público de vivienda protegida. 3.1.2 Actividad subvencional y ayudas directas. 3.2 Medidas de intervención. 3.2.1 Actuaciones relacionadas con los espacios infrautilizados. 3.2.2 Las cesiones de uso: vivienda vacía y arrendamientos forzosos. 3.2.3 La mediación administrativa sobre vivienda vacía. 3.3 Medidas basadas en fórmulas de tenencia alternativa. 3.3.1 El derecho de adquisición preferente en favor de la Administración. 3.3.2 Soluciones cooperativas. A) Las cooperativas de cesión de uso. B) La nueva aparcería urbana. Bibliografía.

## 1. DERECHOS SOCIALES, VIVIENDA Y ACCIÓN PÚBLICA

### 1.1 El derecho a la vivienda

Disfrutar de una vivienda digna y adecuada es uno de los derechos que reconoce la CE a todas las personas españolas en su artículo 47, encomendando a los poderes públicos promover las condiciones necesarias para ello y establecer cuantas normas sean pertinentes para hacer efectivo este derecho, lo que, según el artículo 148.1.3 CE, es competencia de las Comunidades Autónomas (CCAA)<sup>(1)</sup>.

Sin embargo, a pesar de que la vivienda debe ser considerada una necesidad de primer orden por ser un elemento esencial para que cualquier

---

(1) GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2009), p. 14.

persona pueda integrarse con normalidad en la sociedad, debido precisamente a las funciones que la estructura residencial cumple en la organización social<sup>(2)</sup> y por ser el derecho al que se recurre para describir el ideal de una vida digna<sup>(3)</sup>, la Constitución la sitúa entre los denominados derechos sociales; éstos han sido tradicionalmente reconocidos como los derechos por excelencia de los más débiles y vulnerables<sup>(4)</sup>, entendiéndose como derechos prestacionales o de estatus positivo por obligar al Estado a realizar una acción positiva, al contrario que los derechos de estatus negativo, que garantizan la protección de una esfera de autodeterminación individual e implican la abstención del Estado<sup>(5)</sup>. Por ello, relegado, como el resto de derechos sociales, a la categoría de «derecho de efectos indirectos», cuando no de cláusula programática, el de vivienda aparece con frecuencia *desplazado al evanescente mundo de las aspiraciones éticas con escasa relevancia jurídica*<sup>(6)</sup>, sin que suponga en modo alguno el reconocimiento a obtener una vivienda en propiedad que constituya el domicilio de la persona, sino que se traduce en legislación y acciones de fomento e intervención administrativa a llevar a cabo por los poderes públicos.

En los últimos años hemos sido testigos de un empeoramiento sostenido de las condiciones de acceso a la vivienda, haciendo visibles algunas de las contradicciones más agudas que atraviesa el discurso de estos derechos sociales, como el hecho de tratarse de derechos proclamados en los textos jurídicos, pero escasamente realizados o garantizados en la práctica. Concretamente, el año 2008 será recordado por el estallido de la burbuja inmobiliaria y la llegada de la crisis económica, que se manifestó con particular crudeza en materia de vivienda. Quedó reflejado el peso del factor económico en el modelo urbanístico español, gobernado por el simple pulso de la coyuntura económica en el que la construcción se convirtió en el principal motor de la economía<sup>(7)</sup>, alimentado principalmente por la caída de los tipos de interés hipotecario y una rentabilidad inferior de los mercados financieros<sup>(8)</sup>.

A partir de ese momento quedó patente la desconexión entre la vertiente social y económica de la vivienda, al ser considerada tradicionalmente como un activo financiero, de inversión y generación de capital, y no tanto como una necesidad básica del ser humano. Pero también puso

---

(2) PISARELLO, G. (2003), p. 25.

(3) GÍFREU FONT, J. (2020), p. 791.

(4) PISARELLO, G. (2009), p. 2.

(5) JELLINEK, G. (1919), pp. 63-76.

(6) PISARELLO, G. (2003), p. 20.

(7) Ministerio de Vivienda (2010), Libro Blanco de la Sostenibilidad en el Planeamiento Urbanístico Español, p. 5.

(8) BELTRÁN DE FELIPE, M. (2009), *CyT*, núms. 161-162, p. 464.

en evidencia la ausencia de alternativas habitacionales para un número creciente de personas tras aumentar los casos de ejecución por impago de hipotecas.

## 1.2 Exclusión residencial y colectivos vulnerables

Más de una década después los desahucios no han cesado y la falta de vivienda continúa provocando serios problemas de exclusión social a los colectivos más vulnerables, que requieren de actuaciones transversales y urgentes por parte de las diferentes Administraciones Públicas (AAPP) competentes a fin de aumentar la oferta de vivienda social y de vivienda asequible. Todo ello se ha visto incrementado tras la pandemia por COVID-19, al multiplicar los casos de vulnerabilidad sobrevenida por los ceses de actividad y pérdida de empleo<sup>(9)</sup>, agravado nuevamente por la crisis energética de 2022.

Esta situación ha supuesto la necesaria adopción de medidas específicas para el mercado de la vivienda, muy especialmente en materia de alquiler, a fin de contribuir al mantenimiento de los hogares de familias que se encuentran en riesgo de exclusión; la exclusión social es un concepto que define las nuevas situaciones de pobreza y desarraigo social que se están produciendo en las sociedades más desarrolladas<sup>(10)</sup> y que se suele caracterizar como un fenómeno estructural, dinámico, multifactorial, multidimensional y heterogéneo, que es abordable desde las políticas públicas<sup>(11)</sup>. Esta exclusión social suele ser una causa o consecuencia de la exclusión residencial<sup>(12)</sup>.

## 1.3 Poderes públicos y vivienda

La crisis económica, sanitaria e incluso energética han supuesto un gran retroceso en el avance de la garantía de los derechos sociales en toda Europa, lo que deriva, en parte, de la falta de mecanismos públicos

---

(9) GÍFREU FONT, J. (2020), *RDUA*, núms. 337-338.

(10) HERNÁNDEZ PEDREÑO, M. (2008).

(11) SUBIRATS HUMET, J. (2004), *Colección Estudios Sociales 16*, Fundación «la Caixa».

(12) Según la clasificación ETHOS (*European Typology on Homelessness and Housing Exclusion*, 2005), tener una vivienda implica disponerla en tres niveles básicos: social, legal y físico. Desde el punto de vista social de uso, tener una vivienda permite la privacidad y el disfrute de relaciones sociales. En el ámbito legal, presupone la existencia de un título legal sobre la misma (en propiedad o alquiler), que confiere seguridad en la ocupación y exclusividad en la tenencia. Por último, el dominio físico se define por sus condiciones de habitabilidad, al disponer de un alojamiento decente y adecuado a las necesidades de la persona y su familia. Véase BUSCH-GEERTSEMA, V. (2010), p. 22.



adecuados de garantía<sup>(13)</sup>. La materialización del derecho a la vivienda depende de un gran componente político, como es la concreta asignación presupuestaria que las distintas AAPP destinen a este sector, fundamentalmente a través de los Planes de Vivienda, estatales y autonómicos. Es aquí donde se pone de manifiesto la pobre atención financiera y jurídica que ha recibido el derecho a la vivienda en nuestro país, que es el mal generalizado de los derechos sociales en España; el incremento en la demanda de asistencia de recursos sociales ha comportado un denodado esfuerzo de gestión pública, que no siempre ha tenido los resultados deseados<sup>(14)</sup>, por lo que la percepción por la sociedad del funcionamiento de la Administración se ha visto enormemente afectada.

El papel de las AAPP en la gestión de las crisis relacionadas con el crédito hipotecario resulta, así, fundamental para garantizar la protección de los colectivos vulnerables y reducir el impacto social y económico de las ejecuciones hipotecarias. La legislación sobre vivienda ha fomentado durante años un modelo al servicio del lucro de la propiedad del suelo<sup>(15)</sup>, reconociéndole valor no por lo que es, sino por lo que puede llegar a ser, asumiendo las expectativas del valor del suelo y dañando el derecho de la ciudadanía a acceder a una vivienda digna a un precio razonable. Esto ha tenido especial visibilidad en España a lo largo de la década de los 2000, cuando las AAPP de todos los signos políticos se limitaron a ser espectadoras de esta realidad, que parecían considerar inevitable e incluso positiva al generar riqueza, justificando con excusas su incapacidad para actuar<sup>(16)</sup>.

La nueva Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (LDV) nos vuelve a recordar en su artículo 7 que los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, deben articular los mecanismos efectivos para asegurar su debida protección, conservación, rehabilitación y mejora, de acuerdo con la legislación y normativa vigente en materia de vivienda.

## 2. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA GESTIÓN DE LA CRISIS HABITACIONAL

Durante los primeros años de la crisis las medidas más relevantes impulsadas por el Gobierno Central para dar respuesta a la emergencia habitacional se circunscribieron a la protección de la persona deudora hipotecaria

---

(13) FERRAJOLI, L., *et al.* (2004), p. 110.

(14) Defensor del Pueblo, «Informe anual 2021 y debates en las Cortes Generales», p. 344.

(15) BURÓN, J. (2008), CyT, núm. 155, p. 12.

(16) BELTRÁN DE FELIPE, M. (2009), p. 469.



mediante disposiciones para facilitar la dación en pago, moderar el crecimiento de esta deuda mediante el establecimiento de tipos de interés especiales, la posibilidad de renegociar o suprimir parte de la deuda, y la introducción de moratorias para la ejecución hipotecaria en caso de impago<sup>(17)</sup>. Todas ellas supusieron un cambio de paradigma en la gestión de la crisis inmobiliaria en nuestro país, por ofrecer un mayor grado de protección a los colectivos vulnerables al humanizar los procesos de desahucio y ejecuciones hipotecarias, garantizando el derecho a la vivienda de las personas en situaciones de exclusión residencial. Estos mecanismos de protección social y garantía del acceso a la vivienda han implicado la colaboración público-privada para buscar soluciones en esta materia.

Las distintas medidas implementadas a lo largo de estos años han tenido diferentes intensidades, ya que inicialmente dieron respuesta a la crisis financiera y posteriormente hubo que adaptarlas a la crisis sanitaria tras estallar la pandemia, pero todas ellas se han centrado, por un lado, en la cesión de viviendas privadas que se han adicionado al parque de vivienda pública mediante acuerdos entre la Administración y los mal llamados «grandes tenedores». Y, por otro en el fomento del alquiler social a cambio de medidas subvencionales (beneficios fiscales o financieros).

La norma pionera para paliar los efectos de la crisis económica fue la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que estableció una mayor protección en los procedimientos de ejecución hipotecaria permitiendo su suspensión temporal en supuestos especialmente graves y situaciones de vulnerabilidad. Asimismo, recoge el novedoso Código de Buenas Prácticas destinado principalmente a las entidades financieras, a modo de guía de actuación en los procedimientos de desahucios, que obligaba a aquellas a ofrecer reestructuraciones de deuda y alquileres sociales como alternativa a las ejecuciones hipotecarias, incluida la dación en pago de la vivienda y el alquiler de la misma a un precio reducido; aunque la ausencia de normas imperativas<sup>(18)</sup> que obligaran a las entidades financieras a cumplir con sus obligaciones de servicio público o de interés general económico y las estrictas condiciones exigidas a las familias para acogerse a los beneficios condenaron el Código al fracaso.

A nivel autonómico, cada Comunidad adoptó su propia normativa en base a su realidad social y económica, lo que ha resultado en diferentes niveles de protección y condicionamiento en los desahucios, siendo común la existencia de requerimientos que debían cumplirse antes de proceder al lanzamiento de una vivienda. Ya en 2015, la norma catalana (Ley 24/2015,

---

(17) BOSCH MEDA, J. (2021), *DAG*, núm. 2, p. 222.

(18) PISARELLO, G. (2013), «Espaço Jurídico: Journal of Law», núm. 3, p. 153.



de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética), fue pionera en la protección de las personas en riesgo de exclusión residencial al establecer que los grandes tenedores estaban obligados a ofrecer un alquiler social a quienes estuvieran en situación de vulnerabilidad antes de proceder al desalojo (art. 5), situación que debía ser acreditada por los Servicios Sociales. De este modo, al exigir a los grandes propietarios la cesión temporal de viviendas o la oferta de alquiler social, introducía un (novedoso) mecanismo de colaboración público-privada entre las AAPP y aquellos con el objetivo de ampliar el parque de vivienda accesible<sup>(19)</sup>. Se aseguraba, además, la Administración la reducción del número de viviendas vacías bajo amenaza de arrendamiento forzoso.

Muchas de estas medidas fueron reproducidas a nivel estatal por el RDL 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, mediante el que se pretendía responder a la situación de vulnerabilidad de los arrendatarios de vivienda habitual como consecuencia de circunstancias sobrevenidas debidas a la crisis sanitaria, especialmente aquellos que ya hacían un elevado esfuerzo para el pago de las rentas, pero también de aquellos que, sin estar previamente en esa situación, se encontraran entonces en la misma circunstancialmente<sup>(20)</sup>. Con este objetivo, se establecieron la suspensión de lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional y la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual, entre otras medidas. Posteriormente, el RDL 17/2021, de 14 de septiembre, de medidas urgentes para mitigar el impacto de la escalada de precios del gas natural en los mercados minoristas de gas y electricidad, destinado a paliar los efectos de la pandemia, amplió esta protección a las personas arrendatarias en situación de vulnerabilidad, al prohibir los lanzamientos sin alternativa habitacional durante el estado de alarma, lo que obligaba de nuevo a la parte propietaria (generalmente grandes tenedoras) a ofrecer alquileres asequibles.

El RDL 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes, introdujo mayor seguridad y garantías al otorgarle a la arrendataria de una vivienda habitual la posibilidad de instar un incidente de suspensión extraordinaria del desahucio o lanzamiento por encontrarse en situación de vulnerabilidad económica que le imposibilitase encontrar una alternativa habitacional.

---

(19) Esta norma fue declarada parcialmente inconstitucional por STC 32/2019, de 28 de febrero, en cuanto a la obligación de las grandes tenedoras de la dación en pago y la obligación del alquiler social, por invadir competencias estatales.

(20) GARCÍA RUBIO, F. (2022), p. 189.

Ya en 2022, la crisis energética derivada de la invasión rusa en Ucrania supuso la adopción del RDL 6/2022, de 29 de marzo, de medidas urgentes en el marco del Plan Nacional en respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania y del RDL 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y otras situaciones de vulnerabilidad, que han establecido la limitación de la actualización de la renta en los arrendamientos de vivienda.

La LDV recoge todas aquellas medidas, adoptadas con carácter de excepción para paliar la crisis económica, sanitaria y energética, con la finalidad de otorgarles un carácter más permanente; recordemos que aquéllas fueron implementadas mediante instrumentos propios de las situaciones de urgencia<sup>(21)</sup> (Reales Decretos Leyes, artículo 86CE). A grandes rasgos, regula el precio del alquiler en las que denomina «zonas tensionadas» en las que impondrá límite al precio del alquiler (aquí aún nos falta el muy necesario desarrollo reglamentario); prohíbe los desahucios a quienes formen parte de los colectivos vulnerables cuando no exista alternativa habitacional; y establece la obligación de alquiler social a las grandes tenedoras en los casos de desahucio.

### 3. ALTERNATIVAS PÚBLICAS ANTE EL DESAFÍO INMOBILIARIO

Dado que aún queda un largo camino por recorrer, analizamos a continuación diversas estrategias para la intervención administrativa en la gestión de crisis habitacionales. Estas opciones incluyen medidas de fomento, como subvenciones y ayudas directas, así como la construcción de viviendas de protección oficial y la rehabilitación del patrimonio construido, hasta fórmulas de tenencia alternativa, como los derechos de tanteo y retracto ejercidos por la propia Administración y los modelos cooperativos. También consideramos las medidas de intervención administrativa más gravosas, que abarcan la cesión de uso de viviendas y el arrendamiento forzoso de inmuebles vacíos.

---

(21) Algo que la doctrina ha criticado duramente al afirmar que, para aprobar normas que no pueden adentrarse en el campo de la reserva de ley, basta con hacer uso de la potestad reglamentaria (HUERGO LORA, A. (2020), además de que es cuestionable que la extraordinaria y urgente necesidad pueda durar más de 3 años, puesto que su prolongación en el tiempo debería exigir un estudio y tramitación sopesada mediante el procedimiento legislativo ordinario, sobre todo por tratarse de materia de vivienda. GARCÍA RUBIO, F. (2022), *RVAP*, núm. 59, p. 188.



### 3.1 Medidas de fomento

#### 3.1.1 Ampliación del parque público de vivienda protegida

El acceso a la vivienda es una aspiración inaccesible para amplios segmentos de población con ingresos familiares limitados o en situación de vulnerabilidad, debido a la práctica inexistencia de un parque asequible y social<sup>(22)</sup>. Recordemos que uno de los principios rectores reconocidos por la CE (art. 47) es la obligación de los poderes públicos de reconocer, tutelar y regular el derecho a la vivienda<sup>(23)</sup>, lo que se traduce, entre otras actuaciones, en promover que haya suelo suficiente apto para ser edificado y levantar edificios de uso residencial en un ambiente espacial que reúna las condiciones que exige una vivienda digna. En concreto, son las CCAA las que, ex artículo 148.1.3 CE, disponen de estas competencias exclusivas en vivienda (urbanismo y edificación del territorio), junto con los municipios (art. 25.2, Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, LBRL) como encargados de la promoción y gestión de las mismas.

En España la construcción de vivienda protegida se frenó drásticamente con anterioridad a la crisis económica<sup>(24)</sup>. La elevada rentabilidad del mercado inmobiliario (vivienda libre) y el alto precio del suelo hicieron disminuir las posibilidades de una intervención eficaz de las AAPP, mientras la promoción privada huía de la vivienda protegida por su evidente falta de atractivo (rentabilidad). además de que la promoción de estas viviendas requiere de una estructura de apoyo económico exigente, difícil de conseguir en las condiciones actuales.

De manera general, en las grandes ciudades apenas se ha promovido la construcción de vivienda pública desde la década de los 2000. Ante un mercado libre en el que predomina el ánimo de lucro y la propiedad como régimen de tenencia, la apuesta por el alquiler social es uno de los principales caminos a seguir por las políticas públicas de vivienda<sup>(25)</sup>. Pero los diferentes gobiernos en los tres niveles territoriales han permitido que, durante la crisis económica, haya sido el propio mercado el que desempeñara el papel activo en la solución de los problemas de la vivienda, incluso a través de la venta de parte de los parques públicos de vivienda a los

(22) GIREU FONT, J. (2023), *RCDP*, núm. 66, p. 60.

(23) STC 32/2019, de 28 de febrero.

(24) Así ha sido finalmente denominada por el artículo 3.f) LDV, que define la vivienda protegida como aquella sometida a un régimen especial para destinarla a residencia habitual de personas con dificultades de acceso al mercado de vivienda, tanto en ámbitos urbanos y metropolitanos, como en el medio rural, estableciendo dos modalidades distintas: vivienda social y vivienda de precio limitado.

(25) BURÓN, J. (2008), p. 21.

fondos de inversión, dejando de ser las viviendas sociales un factor contra-cíclico y regulador del mercado inmobiliario<sup>(26)</sup>, por lo que no han servido para disminuir las desigualdades sociales.

Tras la crisis sanitaria ha quedado patente que ampliar el parque de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública es una necesidad, ya sea de titularidad pública o privada, con priorización del régimen de alquiler. Lo es para mantener una dinámica ascendente de crecimiento de este parque, dirigida a la población con capacidad económica insuficiente para acceder a una vivienda en el mercado libre (vivienda asequible) y a las personas más vulnerables (vivienda social). Con la LDV, el parque de vivienda social estará integrado por viviendas construidas sobre suelo público y destinado principalmente al alquiler social, aunque la norma también recoge otras formas de tenencia temporal, incluso la cesión de uso, dando respuesta así a las necesidades de los sectores de la población con mayores dificultades económicas.

Algunos de los retos a los que se enfrenta la Administración pasan por garantizar la financiación para la construcción de vivienda protegida, por lo que es necesario que el Gobierno prevea, en el Plan estatal de Vivienda, subvenciones para su construcción, preferentemente con destino al alquiler, sin perjuicio de financiar otras actuaciones en materia de vivienda, también necesarias. Igualmente, es necesario que se garantice una financiación pública que permita la construcción de viviendas protegidas, dadas las dificultades actuales de acceder a la financiación privada que ofrecen las entidades financieras. Otro de los retos a los que parece haber dado solución la LDV es el relacionado con la «fuga de viviendas» en origen protegidas<sup>(27)</sup>. Resultaba fundamental que el esfuerzo de financiar y construir un parque protegido no se perdiera por una regulación inadecuada, algo que ha modificado finalmente el artículo 16.1.d) LDV al establecer que el régimen de protección pública de las viviendas tenga una duración permanente, que se vincula indisolublemente con la calificación urbanística del suelo, por lo que serán considerados inmuebles permanentemente protegidos.

En cualquier caso, dado el enorme número de viviendas vacías en nuestro país, la construcción de vivienda social podría relegarse a un segundo plano, destinando menos fondos públicos a la promoción de nuevas viviendas, para emplearlo en la financiación de compra o alquiler de vivienda de segunda mano, por lo que es necesario que estas viviendas vacías vuelvan de nuevo al mercado. Recordemos que el Libro Blanco de la

---

(26) CHINCHILLA PEINADO, J. A. (2020), p. 6.

(27) GIFREU FONT, J. (2023), p. 61.

Sostenibilidad<sup>(28)</sup> ya apuntaba que el objetivo primordial pasaba por primar la reutilización y rehabilitación del patrimonio construido, causando así los menores daños económicos, sociales y ecológicos posibles.

### 3.1.2 *Actividad subvencional y ayudas directas*

Otra de las posibilidades tradicionales para combatir las crisis sociales y económicas son las subvenciones y ayudas. El recurso a las subvenciones públicas ha sido, sin lugar a dudas, una de las fórmulas empleadas por todos los niveles administrativos, siendo las Entidades Locales las que ejercitan esta potestad (ex artículo 3.1.b), Ley 38/2003, de 17 de noviembre, de subvenciones) vinculada a la ayuda social, generalmente complementaria de la estatal y autonómica. Recordemos que el artículo 26.1.c) LBRL establece, para los municipios de más de 20.000 habitantes, la obligación de atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social<sup>(29)</sup>.

En cuanto se refiere a las prestaciones económicas destinadas a evitar la exclusión residencial o sinhogarismo, las AAPP y el legislador han dispuesto toda una batería de medidas concretas (subvenciones y ayudas públicas), además de la adjudicación de viviendas a través de bolsas de alquiler social y del Fondo Social de Viviendas.

En cuanto a las ayudas económicas encontramos, entre otras, las de emergencia social, que son prestaciones económicas complementarias y de carácter extraordinario o coyuntural, destinadas a paliar aquellas situaciones en que puedan hallarse las personas afectadas por un estado de necesidad. Se considerarán situaciones de urgencia social aquellas que, requiriendo una actuación inmediata y urgente originen gastos extraordinarios para cubrir necesidades específicas de carácter básico, y que, de no ser atendidas, podrían producir un grave deterioro o agravamiento del estado de vulnerabilidad y de desprotección de la persona o de la unidad de convivencia. Ejemplos del destino de estas ayudas son aquellos que sean imprescindibles para el uso de la vivienda habitual; los excepcionales en los que concurran circunstancias de grave o urgente necesidad social y que se consideren de interés para la atención de personas con importante problemática; o los destinados a cubrir necesidades básicas familiares, entre otros.

---

(28) Ministerio de Vivienda (2010), *Libro Blanco de la Sostenibilidad en el Planeamiento Urbanístico Español*, op. cit., p. 9.

(29) Lo que ha sido interpretado por la STC 41/2016, de 3 de marzo, como un título competencial municipal y no solo como una obligación de servicio público.

Y no podemos olvidar que también la actividad subvencional se da en forma de ayudas indirectas (no se trata de ayudas económicas directas), con objeto de ampliar el parque de vivienda asequible existente y que van destinadas a las personas que son grandes tenedoras. En este sentido, la LDV recoge, tanto incentivos fiscales para quienes destinen viviendas al alquiler social (art. 28), como ciertas bonificaciones en impuestos (deducciones en el IRPF, bonificaciones en el IBI) para quienes mantengan los precios del alquiler en los límites que se establecen, y para quienes colaboren con programas de vivienda asequible (art. 29).

## 3.2 Medidas de intervención

### 3.2.1 *Actuaciones relacionadas con los espacios infrautilizados*

Las crisis contemporáneas de vivienda se caracterizan, no por una carencia de inmuebles, sino por su falta de disponibilidad para el mercado residencial. La oferta existente puede calificarse de inadecuada<sup>(30)</sup>, pero nunca de insuficiente. Es el caso de España, donde el tradicional modelo urbanístico residencial expansionista, volcado en la construcción de nuevos edificios y ocupación de suelos, ha dejado como herencia un parque inmobiliario infrautilizado al forzarse la expansión de los procesos de urbanización a ritmos muy superiores a los del crecimiento de la población y su renta disponible<sup>(31)</sup>.

La extensa variedad de espacios en desuso que contienen las ciudades contemporáneas exige una revisión de las estrategias urbanas. El agotamiento de los ciclos productivos y la reconversión industrial han generado una gran cantidad de edificios vacíos e infrautilizados que constituyen anomalías en la lógica estructural de las ciudades. Escuelas, mercados, locales comerciales o cines, entre muchos otros, constituyen un amplio espectro de «vacíos fosilizados» por su pérdida de función<sup>(32)</sup>, en muchas ocasiones con ubicaciones inmejorables en la ciudad y con posibilidades de ser adaptados e incorporados a la oferta residencial. Estos procesos de abandono, a su vez, han desencadenado profundas interferencias en el tejido social, creando situaciones de degradación urbana y de conflicto. La conservación del espacio construido supone hablar en términos de ahorro, no solamente económico, sino sobre todo energético y medioambiental, lo

---

(30) ETXABE GUTIÉRREZ, I. (2022), núm. 143, p. 5.

(31) NAREDO, J. M., y MONTEL, A. (2011), p. 18.

(32) GRÁVALOS LACAMBRA, I., y DI MONTE, P. (2024), *ZARCH*, núm. 22, p. 132.

que también debe ser puesto en valor. La justicia ambiental y social también son lenguajes de valoración<sup>(33)</sup>.

Corresponde a la Administración hacer una apuesta por la rehabilitación y readaptación del parque inmobiliario infrautilizado frente a la nueva construcción. Se debe considerar el espacio habitado y adecuarlo a las necesidades sociales, lo que incluye entre otras actuaciones, la reorganización y regeneración del espacio vacío e infrautilizado, ya sea público o privado, de forma que puedan satisfacer las carencias habitacionales de ciertos colectivos. Esta idea, recogida inicialmente en el Libro Blanco de la Sostenibilidad, se ha plasmado finalmente en la Disposición Adicional Segunda LDV, al establecer que la prioridad de la política de vivienda debe pasar por analizar el patrimonio de la Administración General del Estado y de los organismos públicos a ella adscritos, con el objeto de identificar posibles oportunidades de suelo u otros inmuebles susceptibles de reutilización para uso residencial.

Parte de la doctrina sostiene, además, que la «puesta en uso del vacío», podría ayudar a acabar con la gentrificación de muchos barrios, entendida en el sentido de promoción social de un área residencial y posterior expulsión de la población original de características socioeconómicas humildes, por otro grupo de una estratificación social superior<sup>(34)</sup>. Recordemos que una de las consecuencias de la gentrificación es la atracción de vivienda turística; esta reinterpretación del tradicional destino de la vivienda residencial convirtiéndola en una actividad empresarial gracias a las plataformas virtuales, está originando situaciones indeseables donde la función social de la propiedad de una vivienda queda superada por el interés económico. Cuando esta explotación económica se lleva a cabo en un contexto en el que la carencia de vivienda a precio asequible se ha convertido en un problema real en nuestro país, esta opción se torna, además, mucho menos atractiva y completamente injusta.

### 3.2.2 *Las cesiones de uso: vivienda vacía y arrendamientos forzosos*

La vivienda residencial vacía es una patología urbana, económica, social y ambiental<sup>(35)</sup>, que genera *turistificación*, edificios en ruina y, por tanto, costes adicionales para las arcas públicas (vigilancia, reparación, etc.), además de ocupación ilegal, lo que supone un funcionamiento ineficiente de las infraestructuras y servicios públicos. El artículo 34 LDV

---

(33) MARTÍNEZ ALIER, J. (2008).

(34) DÍAZ, I. (2011), *Encrucijadas*, núm. 2.

(35) MOREU CARBONELL, E. (2020), p. 186.

recoge el concepto de vivienda deshabitada o vacía, pero solo en el sentido de especificar la obligación de los poderes públicos de censar y actualizar los datos sobre las mismas –lo que supone un adelanto, dado que los últimos indicadores datan de 2011–, otorgando asimismo a los Entes Locales la posibilidad de aplicar un recargo de hasta el 150 por cien del impuesto sobre bienes inmuebles a las que lleven vacías más de dos años, en función del tiempo que lleven desocupadas (art. 72, RDL 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el TR de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales).

Seguimos, por tanto, sin una definición legal (estatal) sobre vivienda desocupada o vacía. Una de las primeras normas que trató de conceptualizarla fue la ahora derogada Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a los solos efectos de imputar rentas a la parte propietaria, considerando como vivienda desocupada la que se encontrase en dicha condición durante más de diez meses al año, alternos o de forma continuada. En la actualidad debemos acudir al concepto que nos proporciona el Instituto Nacional de Estadística (INE), que recoge que una vivienda familiar se considera desocupada o vacía cuando no es la residencia habitual de ninguna persona ni es utilizada de forma estacional, periódica o esporádica por nadie. Se trata de viviendas deshabitadas. Mientras que denomina vivienda secundaria a la vivienda familiar que es utilizada solamente parte del año, de forma estacional, periódica o esporádica y no constituye residencia habitual de una o varias personas.

En cuanto a su número, el INE dejó de publicar el Censo de Población y Vivienda en 2011. Atendiendo a aquellos datos, en 2011 había un total de 25.208.623 viviendas, de las que el 71,7 por cien eran viviendas principales, el 14,6 por cien eran secundarias y el 13,7 por cien estaban vacías. Incluso con datos sin actualizar somos conscientes de que nuestro país va a la cabeza de Europa en viviendas desocupadas, pero a la cola de vivienda social, porque en vez de penalizarse la desocupación de edificios y viviendas vacías, o de incentivarse y regularse su ocupación para conseguir un uso más eficiente del patrimonio construido, lo que en realidad se ha penalizado es la construcción de vivienda social.

Acabar con la desocupación en las viviendas es una obligación de nuestros poderes públicos, tal y como recoge la Ley de Suelo (LRSU) cuando establece que uno de los fines de las políticas públicas es posibilitar el uso residencial en viviendas constitutivas de domicilio habitual, así como favorecer y fomentar la dinamización económica y social y la adaptación, la rehabilitación y la ocupación de las viviendas vacías o en desuso (art. 3.3.b). Algo que, sin embargo, no aparece siquiera mencionado en la LDV.

No obstante, y volviendo al planteamiento inicial, el alto número de viviendas vacías o infrautilizadas, sobre todo en manos de entidades





financieras, junto con una gran demanda insatisfecha, una oferta insuficiente y numerosos procesos de privación de vivienda, hicieron que los legisladores autonómicos tomaran cartas en el asunto por considerar que se trataba de una cuestión inaplazable. Las CCAA dieron, así, un paso adelante en la propuesta e implementación de herramientas para atajar la emergencia social habitacional,<sup>(36)</sup> adoptando diversas medidas de protección en los procedimientos de desahucio para evitar el desamparo de estos colectivos en situación de vulnerabilidad, pero también a través de medidas destinadas a la puesta a disposición de estos colectivos de las viviendas desocupadas o vacías. Medidas que, sin embargo, fueron declaradas inconstitucionales en algunos casos (Andalucía, Valencia, País Vasco, entre otros), por invadir competencias estatales.

Estas medidas autonómicas comparten dos elementos comunes; el primero, un mismo objetivo, como es el de garantizar el derecho a una vivienda digna. El segundo, la forma de implementarlo, ya que las normas aprobadas han moldeado el derecho de propiedad y el de vivienda mediante la ampliación del alcance del principio de función social<sup>(37)</sup>, estableciendo, de acuerdo a sus particularidades concretas, que la existencia de viviendas desocupadas cuando no exista causa que así lo justifique es una forma de incumplimiento de este principio. Este fue el principal motivo argumentado en los recursos interpuestos por el Gobierno al cuestionar la constitucionalidad de las normas autonómicas<sup>(38)</sup>, recursos que en su gran mayoría han sido resueltos por el Tribunal Constitucional con distinto resultado.

De forma general, las medidas contenidas en estas normas autonómicas responden a dos estrategias para la movilización de la vivienda vacía<sup>(39)</sup>. De un lado, medidas de fomento o incentivadoras para la puesta en alquiler de estas viviendas, aunque no todas se dan en todas las CCAA, ni tampoco de la misma forma, dado que se han establecido de forma muy heterogénea tanto en su formulación, como en su definición e implementación.

---

(36) Lo que ha estado provocado por la inacción estatal en la protección de los deudores hipotecarios, lo que supuso incluso la condena a España por el TJUE (STJUE C-415/11, de 14 de marzo de 2013, caso Aziz) declaró que las normas estatales en materia de ejecución hipotecaria eran contrarias al Derecho Europeo por no vincular la posible existencia de cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario a la emergencia de un derecho del deudor hipotecario a oponerse al procedimiento de ejecución (BOIX PALOP, A. (2020), *RUE*, núm. 44).

(37) RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2018), p. 1166.

(38) La tesis que recoge el TC en la Sentencia 93/2015, de 14 de mayo para declarar inconstitucionales las normas autonómicas es sencilla: las CC. AA no podrán superar el nivel de protección social establecido por los poderes centrales, imponiendo así a las Autonomías un límite para el desarrollo de coberturas públicas, incluso en el marco de sus propios títulos competenciales. Lo que comporta en la práctica una supeditación de los títulos sociales –en concreto del derecho a la vivienda– a las necesidades de los mercados. QUINTIÁ PASTRANA, A. (2017), p. 229.

(39) VERDÚ MARTÍNEZ, M. T. (2018), p. 582.

De otro, medidas coercitivas y penalizadoras de la tenencia de viviendas desocupadas (impositivas, sancionadoras y de carácter social), estableciendo, en su caso, la expropiación temporal del uso de la vivienda para mantener a la persona beneficiaria en la posesión del inmueble, para su cesión posterior en arrendamiento forzoso<sup>(40)</sup>. Esto fue debido mayoritariamente a la reticencia mostrada por las entidades financieras de asumir la responsabilidad social que les correspondía y la imposibilidad para lograr acuerdos de cesión de las viviendas desocupadas en su haber; actitud esta inaceptable, más aún en supuestos como el de la SAREB, que dispone de un parque de viviendas integradas por inmuebles de entidades financieras que fueron rescatadas con dinero público<sup>(41)</sup>. Esta intervención por parte de las CCAA sobre el derecho de propiedad no ha pasado el filtro del Tribunal Constitucional en la mayoría de casos. Esto es algo incomprensible, como recuerda la Sindicatura de Greuges de Catalunya, ya que las entidades financieras tienen un gran stock de viviendas vacías, mientras que la Administración Pública tiene dificultades para dar respuesta a la demanda social por no disponer de viviendas suficientes; y aún es más incomprensible que personas que precisan acceder a una vivienda social la necesiten porque el sector bancario ha propiciado su desahucio.

### 3.2.3 *La mediación administrativa sobre vivienda vacía*

La mediación puede jugar, también, un importante papel en las crisis de vivienda. Los sistemas alternativos al judicial en la resolución de controversias (del inglés *Alternative Dispute Resolution*, *ADR*), con fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes, están de moda por la acuciante necesidad de agilidad y rapidez en la jurisdicción española<sup>(42)</sup>, sobre todo la mediación por sus evidentes ventajas sobre el arbitraje.

Estas formas alternativas han llegado incluso a la resolución de conflictos cuando una de las partes es una Administración Pública ya que prácticamente cualquier materia amparada por el Derecho Administrativo, con algunas excepciones<sup>(43)</sup>, es susceptible de ser resuelta

---

(40) TORNOS MAS, J. (2014), p. 2859.

(41) Síndic de Greuges de Catalunya (2018), «El derecho a la vivienda: cuestiones urgentes», p. 6.

(42) GARCÍA DE LA ROSA, C. (2018), *RGDP*, núm. 46.

(43) El artículo 86 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece que éstas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas jurídico públicas y privadas, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico, ni versen sobre materias no susceptibles de transacción (STS 5272/2003, de 22 de julio), y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los

en mediación. En este sentido, el Protocolo de Mediación Contencioso-Administrativa (CGPJ, 2016), enuncia, con mero carácter orientativo e ilustrativo, que las materias susceptibles de mediación van desde las más tradicionales, como la responsabilidad patrimonial o la fijación del justiprecio en la expropiación forzosa, hasta cuestiones tan novedosas como la vivienda, tanto la turística, como la residencial que es la que ahora nos interesa.

Como recuerda Marzal Raga<sup>(44)</sup>, se ha demostrado que la mediación puede ser un buen mecanismo para la efectiva garantía de la función social de la propiedad inmobiliaria y para la resolución de conflictos en materia de vivienda cuando la relación se rija por el Derecho Administrativo, dando respuesta a los fallos regulatorios, incluso cubriendo vacíos legislativos y deficiencias que aquejan el régimen jurídico de declaración de vivienda vacía en la correspondiente legislación autonómica. Un buen ejemplo es la mediación destinada a evitar la declaración de vivienda vacía y sus consecuencias jurídicas, siendo la más grave la expropiación de uso de la misma y el arrendamiento forzoso. Mediante el acuerdo transaccional se pueden lograr los objetivos de movilización de vivienda y puesta a disposición del mercado de manera más eficaz que a través del recurso a la expropiación temporal del uso de la vivienda. De forma que estos conflictos, que enfrentan a las AAPP con la ciudadanía, pueden llegar a resolverse de forma efectiva sin hacerlo a través de la vía contenciosa. Incluso en esta vía (contenciosa) existe la posibilidad de acudir a la mediación *intrajudicial*, que tiene lugar en el seno de un proceso judicial ya iniciado en aquellos conflictos en que se ve implicado el derecho a la vivienda y que ha demostrado ser de gran utilidad en supuestos complicados relacionados con la vivienda<sup>(45)</sup>.

Sin embargo, a pesar de las ventajas que supone esta menor intervención administrativa gracias a la mediación en los conflictos administrativos en materia de vivienda, aún son muchos los ámbitos en los que el desarrollo del procedimiento de mediación dista mucho de ser satisfactorio, porque como bien nos recuerda Santamaría Pastor<sup>(46)</sup>, *el no transigir nunca es un modo de ser cultural de nuestras Administraciones Públicas*.

---

misimos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin. Tampoco sería posible en la actuación administrativa que vulnere derechos fundamentales, cuya protección está confiada en exclusiva a los tribunales (art. 114.2, Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

(44) MARZAL RAGA, C. R. (2022), *RGDA*, núm. 60.

(45) STSJ de Galicia, de 8 de febrero de 2019 (incidente de mediación 6937/1997, edificio Fenosa) y Auto núm. 208/2017 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Las Palmas, de 7 de noviembre (rec.190/2016).

(46) SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2015), p. 45.



### 3.3 Medidas basadas en fórmulas de tenencia alternativa

#### 3.3.1 *El derecho de adquisición preferente en favor de la Administración*

El derecho de adquisición preferente es otra de las opciones de las que dispone la Administración para aumentar el parque público de vivienda. Los derechos de tanteo y retracto permiten a su titular adquirir un bien con preferencia frente a cualquier otra persona interesada en el mismo. En el tanteo, la preferencia de adquisición se ejercita antes de que se realice la transmisión del bien, respetando las mismas condiciones. En el derecho de retracto, la preferencia de adquisición se ejercita después de que se realice la transmisión del bien, dejando sin efecto la operación celebrada, abonando el precio que efectivamente se hubiese pagado.

La configuración legal del ejercicio de estos derechos, previstos por prácticamente todas las CC. AA, los convierte en un instrumento idóneo para incrementar el parque de viviendas destinado a alquiler social, pero también para la adquisición de vivienda no protegida (libre) en función de las necesidades de vivienda acreditadas en cada municipio ante la fuerte demanda residencial. La propia LDV contiene dos preceptos con directa incidencia sobre los derechos de adquisición preferente (aunque sobre ambos preceptos pesan varios recursos de inconstitucionalidad admitidos a trámite). De una parte, el artículo 16 LDV, referido a los principios aplicables a la vivienda protegida, entre los que se encuentra el reconocimiento de estos derechos de tanteo y retracto, junto con algunas reglas para su ejercicio. De otra, el artículo 27 LDV, que dispone la integración de las viviendas adquiridas mediante tanteo o retracto en el parque público de vivienda y su calificación permanente como vivienda pública, sirviendo de instrumento para hacer efectivo el derecho de acceso a una vivienda reconocido a los sectores de la población con mayores dificultades.

Pese a las ventajas que tiene el ejercicio del tanteo y el retracto, lo cierto es que el porcentaje de viviendas adquiridas de esta forma por la Administración es todavía muy bajo, prácticamente anecdótico. Sin perjuicio de comprender que probablemente no todas las viviendas transmitidas que podían haber sido adquiridas por la Administración en ejercicio de estos derechos pudieran no ser idóneas o viables desde un punto de vista económico y financiero (bien sea por su situación, por el precio de transmisión de la vivienda, por el elevado coste de rehabilitación u otras circunstancias), lo bien cierto es que la conformación y ejercicio de estos derechos presentan un elevado grado de complejidad



que necesariamente desincentiva su elección como técnica para la formación de vivienda pública<sup>(47)</sup>.

### 3.3.2 Soluciones cooperativas

Si la idea es el establecimiento de un auténtico servicio público de vivienda, basado en el principio del universalismo proporcional<sup>(48)</sup>, que aplicado al campo de la vivienda supone organizar un sistema donde todas las personas tengan acceso a una vivienda digna según su nivel de ingresos, llevado a la práctica significa tener tres modalidades de vivienda: 1) vivienda social para hogares en situación de vulnerabilidad; 2) vivienda asequible para aquellas personas con cierto nivel de ingresos, pero con dificultades para pagar precios de mercado; y 3) vivienda libre, para quienes puedan y quieran pagar precios de mercado<sup>(49)</sup>. Si el proveedor habitual de vivienda libre es el sector privado y el de vivienda social el sector público, la vivienda asequible aparece gracias a fórmulas de colaboración público-comunitaria o público-privada. Por lo que, de nuevo, el papel de la Administración Pública resulta fundamental.

Aparecen, así, fórmulas que no son novedosas, pero sí innovadoras en el campo de la vivienda asequible, como las cooperativas de uso, reformuladas para adaptarlas a las nuevas necesidades de una sociedad que busca soluciones para el sangrante problema de la vivienda, pero también reaparecen figuras como la *masovería urbana*, entre otras.

#### A) LAS COOPERATIVAS DE CESIÓN DE USO

En nuestro país, la tendencia residencial del *co-housing* ha adoptado, entre otras, la forma de cooperativas de vivienda que han vuelto a la vida gracias a los dictados de la economía colaborativa. Estas cooperativas no son desconocidas en nuestro país, pero habían caído en desuso. Una cooperativa de viviendas es una entidad que asocia normalmente a personas físicas que precisan alojamiento y se unen mediante la auto-promoción de viviendas a estricto precio de coste –ya que carece de ánimo de lucro–. Su regulación, por Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, recoge la posibilidad de que entre sus fines también esté el de la construcción de edificaciones complementarias, la prestación de servicios a las viviendas y su

(47) MARZAL RAGA, C. R. (2024), pp. 150 y 162.

(48) FRANCIS-OLIVIERO, F., *et al.* (2020), *PJPH*, núm. 44.

(49) BURÓN, J., y GONZÁLEZ DE MOLINA, E. (2021), «Colaboración público comunitaria: una nueva solución para generar más vivienda asequible», *DS*, núm. 7.

rehabilitación. Las personas cooperativistas son socias de la sociedad cooperativa y promotoras indirectas, por un lado, y adjudicatarias de una vivienda por otro, que bien puede hacerse en régimen de propiedad a cada persona socia, bien sea en régimen de cesión de disfrute para su uso.

Esta opción resulta interesante dado que no se reciben en régimen de compra ni de alquiler, sino que lo que se adquiere es el derecho de uso de la vivienda durante 99 años (art. 53 LSRU), pagando por ello un capital inicial y una cuota mensual por el derecho al uso. De ahí que se consideren una fórmula alternativa al derecho de propiedad y una solución habitacional que promueve una ciudad más justa.

En el caso de la vivienda asequible, la Administración ha recogido el testigo, implicándose en el modelo cooperativo, para proveer el suelo (dotacional), que continuará siendo de titularidad pública, pero puesto a disposición de fundaciones y cooperativas, que serán las titulares de los inmuebles, para su uso durante dicho plazo, gestionándolo a través del derecho de superficie. Al finalizar este plazo, las viviendas revierten al patrimonio municipal (aunque es posible pactar la transmisión mortis causa del derecho de uso). Esta forma de tenencia, que no es en propiedad ni en alquiler, impide cualquier forma de enajenación o traspaso a terceros de las mismas, incorporándose, además, al exiguo parque municipal de viviendas públicas protegidas.

## B) LA NUEVA APARCERÍA URBANA

La novedosa aparecería urbana es muy similar al contrato tradicional de aparcería –rural–, que es un régimen de tenencia en el que el uso y disfrute de las tierras, propiedad de una tercera persona, es cedido temporalmente a la persona aparcera a cambio del reparto de los productos por partes alícuotas en proporción a sus respectivas aportaciones<sup>(50)</sup> (art. 28.1, Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos). En Valencia, la aparcería está representada por la figura de *les mitges*; así, en función de la cuota de partición de cosechas correspondiente a cada una de las partes, se hablaba de la *parceria a mitges* si la cuota de cada parte se fijaba en la mitad de la cosecha; de ahí que también pudiera aplicársele el calificativo de *parceria al terç*, *parceria al quart*, etc<sup>(51)</sup>.

Esta figura, que sufrió una enorme disminución en su uso a partir de los años 80, según datos del Censo Agrario (INE) ha vuelto, sin embargo,

---

(50) RUÍZ MAYA, L. (1989), «El arrendamiento y la aparcería», *REAS*, núm. 150, p. 42. CLEMENTE MEORO, M. (2004), «Artículo 28. Contrato de aparcería», p. 757.

(51) FEBRER ROMAGUERA, M. (2000), *Domínio y explotación territorial en la Valencia foral*, UV, p. 261.

a la vida gracias a las necesidades derivadas del ya mencionado *estilo de vida colaborativo*. En Cataluña, por ejemplo, se regula la variante urbana del contrato de *masovería*<sup>(52)</sup>, que es aquel por el que se cede el uso de una vivienda por el plazo que se acuerde, a cambio de que las cesionarias asuman las obras de rehabilitación y mantenimiento de la misma. Se satisfacen así dos objetivos, ya que por un lado reduce el número de viviendas vacías debido a su mal estado (rehabilitación); y por otro, da solución a la necesidad de vivienda a través de formas alternativas a la propiedad<sup>(53)</sup>, al recoger el intercambio de quienes necesitan vivienda con quienes la tienen, pero no la usan.

## BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN DE FELIPE, M., «Las legislaciones de vivienda social», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, núms. 161-162, 2009, pp. 453-472.
- BOIX PALOP, A., «La Ley valenciana 2/2017, por la función social de la vivienda, tras el control de constitucionalidad operado por la STC 80/2018», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 44, 2020, pp. 177-189.
- BOSCH MEDA, J., «Las nuevas formas de vivienda de alquiler social en Cataluña (2015-2020): un análisis desde el marco teórico europeo», *Documents d'Anàlisi Geogràfica*, vol. 67, núm. 2, 2021, pp. 219-241.
- BURÓN, J., «Una política de vivienda alternativa», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, núm. 155, 2008, pp. 9-40.
- BURÓN, J. y GONZÁLEZ DE MOLINA, E., «Colaboración público comunitaria: una nueva solución para generar más vivienda asequible», *Documentación Social*, núm. 7, 2021.
- BUSCH-GEERTSEMA, V., «Defining and measuring homelessness», en O'sullivan, Eoin *et al.* (Eds.), *Homelessness Research in Europe*, FEANTSA, 2010, pp. 19-39.
- CHINCHILLA PEINADO, J. A., «Dignidad y adecuación de las viviendas sociales para las personas en riesgo de exclusión. Un elemento en la construcción del derecho a la Ciudad», en Barrero, Concepción; Socías, Joana (Coords.), *La ciudad del siglo XXI. Transformaciones y retos. Actas del XV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, 2020.
- CLEMENTE MEORO, M., «Artículo 28. Contrato de aparcería», en Pasquau Liaño, Miguel (Dir.), *Ley de Arrendamientos Rústicos* (Comentarios doctrinales y formularios prácticos), Thompson-Aranzadi, 2004, pp. 757-758.
- CONILL, J.; CARDENAS, A.; CASTELLS, M.; HLEBIK, L., y HLEBIK, S., *Otra vida es posible. Prácticas económicas alternativas durante la crisis*, UOC, 2012.

(52) Artículo 3.k), Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña.

(53) CONILL, J., *et al.* (2012), *Otra vida es posible. Prácticas económicas alternativas durante la crisis*, UOC, p. 97.



- DÍAZ, I., «Desplazamiento, acoso inmobiliario y espacio gentrificable en el caso de Sevilla», *Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales*, núm. 2, 2011, pp. 48-68.
- ETXABE GUTIÉRREZ, I., «De la contradicción a la alternativa: la teoría urbana crítica como base para una investigación empírica en torno al derecho a la vivienda en el Área Metropolitana de Bilbao», *EURE*, vol. 48, núm. 143, 2022, pp. 1-22.
- FEBRER ROMAGUERA, M., *Dominio y explotación territorial en la Valencia foral*, Universitat de València, 2000.
- FERRAJOLI, L. *et al.*, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, 2004.
- FRANCIS-OLIVIERO, F. *et al.*, «Theoretical and practical challenges of proportionate universalism: a review», *Panamerican Journal of Public Health*, núm. 44, 2020, pp. 1-11.
- GARCÍA DE LA ROSA, C., «La mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa: dificultades para su implantación eficaz», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 46, 2018, pp. 1-19.
- GARCÍA RUBIO, F., «La limitación de precios privados por actividad administrativa. El caso de los precios de los alquileres de vivienda mediante Decreto-Ley», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 59, 2022, pp. 164-234.
- GIFREU FONT, J., «Mecanismos de colaboración público-privada para la provisión y la explotación económica de vivienda asequible: un juego de suma positiva», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 66, 2023, pp. 56-85.
- «La vivienda en tiempos del COVID-19, ¿nuevas vulnerabilidades sociales? Del impacto inicial a los retos del futuro», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 337-338, 2020, pp. 247-304.
- «Derecho a la ciudad, ¿un sumatorio de derechos ciudadanos o un derecho independiente?», en Barrero, Concepción; Socías, Joana (Coords.), *La ciudad del siglo XXI. Transformaciones y retos. Actas del XV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, 2020.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., «El derecho a una vivienda digna en la Ley de Suelo de 2008», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 86, 2009.
- GRÁVALOS LACAMBRA I.; DI MONTE P., «Temporary Use Toolkit. Herramientas para la reactivación de edificios en desuso», *ZARCH*, núm. 22, 2024, pp. 132-145.
- HERNÁNDEZ PEDREÑO, M., «Pobreza y exclusión en las sociedades del conocimiento», en Hernández, Manuel (Coord.), *Exclusión social y desigualdad*, Editem, 2008, pp. 15-58.
- HUERGO LORA, A., «Estado de alarma en el país de los Decretos-leyes», 2020; disponible en <https://almacenederecho.org/estado-de-alarma-en-el-pais-de-los-decretos-leyes>.
- JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentliche Rechte*, Mohr, 1919.
- MARTÍNEZ ALIER, J., *La crisis económica vista desde la economía ecológica*, Icaria, 2008.





- MARZAL RAGA, C. R., «El régimen de tanteo y retracto para la formación de vivienda pública», *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 17, 2024, pp. 143-168.
- «La mediación de Derecho Administrativo en materia de vivienda», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 60, 2020, pp. 1-39.
- MOREU CARBONELL, E., «Función social de la propiedad y viviendas vacías. Diez preguntas y respuestas para el debate», en Paleo, Natalia (Ed.), *Políticas y derecho a la vivienda: gente sin casa y casas sin gente*, Tirant lo Blanch, 2020.
- NAREDO, J. M., y MONTIEL, A., *El modelo inmobiliario español y su culminación en el caso valenciano*, Icaria, 2011.
- PISARELLO, G., *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, 2003.
- «Los derechos sociales y sus “enemigos”: elementos para una reconstrucción garantista», en Valiño, Vanesa (Coord.), *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis*, Observatori DESC, 2009.
- «El derecho a la vivienda, constitucionalización débil y resistencias garantistas», *Espaço Jurídico: Journal of Law*, vol. 14, núm. 3, 2013, pp. 135-158.
- QUINTÁ PASTRANA, A., «El derecho a la vivienda y la dialéctica entre descentralización y recentralización», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 109, 2017, pp. 225-267.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., «Artículo 33 CE: Derecho a la propiedad privada y a la herencia», en Rodríguez-Piñero, Miguel; Casas Baamonde, M. Emilia (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución*, Wolters Kluwer-BOE, 2018.
- RUIZ MAYA, L., «El arrendamiento y la aparcería», *Revista de Estudios Agro-Sociales*, núm. 150, 1989, pp. 41-97.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «El sistema de Tribunales administrativos de recursos contractuales», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 32, 2015.
- SUBIRATS HUMET, J., *Pobreza y exclusión social. Un análisis de la realidad española y europea*, Colección Estudios Sociales 16, Fundación La Caixa, 2004.
- TORNOS MAS, J., «El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, 2014.
- VERDÚ MARTÍNEZ, M. T., «Herramientas en relación con la vivienda vacía en España. Estudio comparado», *Ciudad y territorio. Estudios territoriales*, vol. 50, núm. 197, 2018, pp. 577-608.

## A. VIVIENDA HABITUAL Y CRÉDITO HIPOTECARIO

### A.6 Hipoteca inversa y vivienda habitual: su fracaso histórico y su viabilidad

**Pedro Garrido Chamorro**

*Notario*

*pgarrido@notariado.org*

**Resumen:** *La hipoteca inversa es un instrumento que puede ser útil para responder a las necesidades de financiación que los ciudadanos con frecuencia se encuentran en los últimos años de su vida, utilizando como palanca la propiedad de su vivienda, pero permitiéndoles disponer de ella hasta el final. Sin embargo, la figura no ha tenido un excesivo desarrollo, debido por un lado a las incertidumbres que han quedado abiertas en su defectuosa regulación, en relación con aspectos como la delimitación de lo que sea vivienda habitual del solicitante, la situación y relaciones de solicitante, hipotecante y beneficiario cuando no sean la misma persona, la posibilidad de constitución sobre otros inmuebles y su régimen legal en tal caso, la posición de herederos y acreedor en relación con el activo y pasivo hereditarios, los límites a la cobertura hipotecaria de los intereses devengados, etc. Esas dudas han podido causar la desconfianza en la figura, y consecuentemente su escasa utilización. Por ello, este trabajo intenta aclararlas y apunta soluciones regulatorias. A la vez, se observa una grave carencia en la oferta de unos productos satisfactorios para los eventuales solicitantes, seguramente debido a la ausencia de unas soluciones que cubran a la vez los aspectos puramente financieros y los actuariales o de seguros.*



**Palabras clave:** *Hipoteca, hipoteca inversa, ancianidad, vivienda habitual, renta vitalicia, seguro de sobrevivencia.*

**Abstract:** *A reverse mortgage is a tool that can be useful in addressing the financial needs that citizens often face in the later years of their lives. It leverages the ownership of their home, allowing them to continue living in it until the end. However, this construct has not seen significant development, partly due to uncertainties left by its flawed regulation. These uncertainties include issues like defining what qualifies as the applicant's primary residence, the roles and relationships when the applicant, mortgagor, and beneficiary are not the same person, the possibility of applying a reverse mortgage to other types of properties and the legal framework in such cases, and the position of heirs and creditors concerning the inherited assets and liabilities, the limits on mortgage coverage for accrued interest, among others. These doubts may have caused distrust in the reverse mortgage, leading to its limited use. Therefore, this paper aims to clarify these issues and propose regulatory solutions. At the same time, there is a significant lack of satisfactory products for potential applicants, likely due to the lack of solutions that address both the financial aspects and the actuarial or insurance components.*

**Keywords:** *Mortgage, reverse mortgage, old age, primary residence, life annuity, survivorship insurance.*

**Sumario:** 1. Introducción: la potencial utilidad social de la hipoteca inversa. 2. La configuración legal de la hipoteca inversa y sus dudas interpretativas. 2.1 La disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la ley 41/2007. 2.2 Requisitos configuradores y efectos propios de la hipoteca inversa. A. Sujeto acreedor: entidades prestamistas. B. Sujeto pasivo del crédito: solicitante, beneficiarios. C. Objeto: vivienda habitual del solicitante. D. Disposición del préstamo, devengo de intereses y apertura de crédito. E. Vencimiento y exigibilidad del préstamo o crédito. F. La transmisión voluntaria de la finca hipotecada. G. Tasación de la finca. H. Comercialización y transparencia de estas operaciones. I. Régimen de la hipoteca inversa constituida «sobre otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante». J. Exenciones fiscales y bonificaciones arancelarias. 3. Las disfunciones de la figura, y sus vías de solución.

## 1. INTRODUCCIÓN: LA POTENCIAL UTILIDAD SOCIAL DE LA HIPOTECA INVERSA

El moderno instrumento financiero que constituye la hipoteca inversa responde a una necesidad propia de las circunstancias socio económicas



actuales: personas que han acumulado un cierto patrimonio mediante los ahorros procedentes fundamentalmente de su trabajo, en la vejez se encuentran con unos recursos limitados debido a la insuficiencia de las prestaciones que les proporcionan el sistema público de pensiones y los instrumentos de ahorro-previsión que hayan podido acumular durante su vida, y tienen como principal activo patrimonial la vivienda que han adquirido. Esta situación es frecuente en España, país de propietarios donde según el Instituto Nacional de Estadística, en 2023, el 79,6 % de los hogares disponen de la vivienda en propiedad, porcentaje que entre las personas de 65 o más años se eleva muy notablemente, hasta el 89,1 %.

Nos encontramos, pues, con una necesidad muy concreta: casi el 90 % de los hogares de personas de 65 o más años disponen de un activo patrimonial importante, su vivienda, del que no se pueden desprender en vida, puesto que necesitan seguir ocupándola hasta su fallecimiento, pero en muchos casos perciben unas pensiones o ingresos periódicos insuficientes. Resultará por tanto muy indicado el instrumento financiero que les proporcione una liquidez con cargo a ese activo patrimonial que es su vivienda, permitiéndoles a la vez conservar su uso durante el resto de su vida. Un medio para ello puede ser la venta de la nuda propiedad de la vivienda, con reserva del usufructo vitalicio (conjunto y sucesivo si se trata de un matrimonio), si encuentran un inversor dispuesto a pagar un precio, obviamente reducido en mayor o menor medida, por la compra de un inmueble que no va a poder disfrutar, ni probablemente a realizar, durante la vida potencialmente larga de esa persona o personas.

La estrechez de ese mercado abre un evidente espacio a la intervención de operadores empresariales o profesionales, que podrán disponer unos recursos mayores para cubrir esas necesidades, obviamente a cambio de un beneficio empresarial. La fórmula, de carácter financiero-actuarial, será la concesión al titular de la vivienda de un préstamo o crédito, con entrega inmediata o periodificada de su capital, y aplazamiento de la devolución del capital y pago de intereses hasta el fallecimiento de los prestatarios (que por definición no disponen de recursos para esos pagos periódicos, puesto que lo que pretenden con esa operación de préstamo o crédito es precisamente complementar sus insuficientes ingresos habituales). La entidad prestamista cobrará su crédito con los intereses devengados al vencimiento, es decir en la fecha de fallecimiento de los prestatarios, por regla general mediante la realización del inmueble, el cual a su vez constituye la garantía del cobro para la misma. Y los prestamistas tendrán la ventaja de que las cantidades percibidas, al constituir un préstamo y no una renta, no tributarán como rendimientos.

El diseño ideal de la operación, que satisfaría en la máxima medida las finalidades de las dos partes, sería aquél en que el importe de la deuda,

con todos los intereses, fuera igual al valor de realización del bien. Pero la incertidumbre sobre la fecha del vencimiento de la operación, o fallecimiento de los prestatarios, hace imposible un cálculo exacto, y genera un riesgo para la parte acreedora (si esa fecha se retrasa de forma importante y los intereses más el capital objeto de disposiciones sucesivas superan el valor de la vivienda). La elusión de ese riesgo conduce a una severa limitación de la concesión de crédito en la mayoría de los casos.

Debe por otra parte señalarse que, si bien este tipo de operaciones provoca el frecuente agotamiento del patrimonio de los prestatarios o acreditados, ello no plantea problema alguno desde el punto de vista de las legítimas de sus eventuales herederos forzosos, puesto que no se trata más que de un negocio a título oneroso, de disposición y gasto de su patrimonio, para el que no existe limitación legal alguna. No obstante, esto choca frecuentemente con la percepción social de un cierto deber moral de conservación y transmisión del patrimonio a los descendientes.

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, *de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria*, ha pretendido organizar un instrumento jurídico para atender a estas necesidades, mediante la introducción de la hipoteca inversa, intentando encajarla en los límites demasiado estrechos que nuestro ordenamiento jurídico delinea para las hipotecas, flexibilizando algunos de ellos en la medida necesaria.

No obstante, debe reconocerse que la acogida e implantación de la figura ha sido extraordinariamente pobre, y el número de hipotecas inversas constituidas reducidísimo. Las causas del fracaso de la hipoteca inversa son, en nuestra opinión, fundamentalmente dos: la defectuosa configuración legal de esta institución en la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley 41/2007, que la llena de dudas interpretativas y por consiguiente de inseguridad jurídica debido a las dificultades e incertidumbres que por ello presentará su acceso al registro, y las estrechas condiciones económicas en que la concesión de la misma se ha desenvuelto, debido a los riesgos implícitos en la figura, que la han hecho poco atractiva en la mayoría de los casos.

Una prueba más de la necesidad social de este tipo de figuras se encuentra en la Disposición adicional décima tercera de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que establece, sin más, unos beneficios fiscales y arancelarios para los créditos inmobiliarios concedidos a personas en situación de dependencia y destinados principalmente a financiar el coste de los cuidados de la misma, que tengan como garantía un derecho real de anticresis, sobre una vivienda



destinada al mercado de alquiler. Se trataría de una figura sin precedentes en la práctica en nuestro país, y sin mucha presencia real en los mercados, pero que responde a necesidades parecidas del prestatario.

## 2. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA HIPOTECA INVERSA Y SUS DUDAS INTERPRETATIVAS

### 2.1 La disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley 41/2007

La Ley 41/2007 introdujo la figura en una disposición adicional, la 1.<sup>a</sup>, donde se articulan el régimen y los requisitos institucionales de la misma, con una reseñable falta de precisión de su perfil y límites y de coordinación con el ordenamiento hipotecario, lo que ha provocado una notable inseguridad en el uso de este contrato. Debe tenerse en cuenta que para atender eficazmente a los objetivos de las dos partes la hipoteca inversa requiere excepcionar o suavizar algunos de los principios que en materia de hipotecas establece la legislación hipotecaria, y se aplican en la práctica registral, con un rigor probablemente excesivo. Entre ellos cabe citar el principio de especialidad, la prohibición del anatocismo o interés compuesto y sobre todo la limitación de la cobertura hipotecaria de los intereses a cinco años. Se hace necesario, por ello, proceder a un detenido análisis de este texto legal.

La citada disposición adicional primera define y regula la hipoteca inversa en unos términos que van a requerir un análisis y esfuerzo interpretativo detenidos. Se define en ella la hipoteca inversa con base en el cumplimiento de una serie de requisitos configuradores, que deben verificarse para que el contrato encaje en el tipo legal y por tanto le sea aplicable la regulación especial que para el mismo se establece.

Esos elementos configuradores son: Que la finca hipotecada sea precisamente la vivienda habitual del prestatario (denominado en ocasiones, de forma algo confusa, solicitante); que la misma haya sido previamente tasada, y quede asegurada en función del valor de dicha tasación; que el prestatario y los beneficiarios adicionales que en su caso se designaran sean mayores de 65 años o personas en situación de dependencia o afectadas por una discapacidad; que la deuda solo sea exigible al fallecimiento del prestatario o, si así se estipula, del último beneficiario, y por último que el prestamista sea una entidad de crédito o establecimiento financiero de crédito, o un entidad aseguradora, autorizada para operar en España.

De cumplirse estos requisitos, y resultar por tanto el contrato encuadrable en la figura de la hipoteca inversa, se aplicará una serie de normas,



o efectos especiales, distintos de los de las hipotecas ordinarias. No obstante, la aplicación y el sentido de estas normas dista mucho de ser claro, lo que, como hemos apuntado, puede ser al menos en parte causa del escaso éxito de la figura. Debemos pues, analizar detenidamente el sentido y aplicabilidad de todas estas reglas, con la doble finalidad de precisar su alcance, y a la vez apuntar la necesidad de una clarificación *de lege ferenda* de algunas de ellas.

## 2.2 Requisitos configuradores y efectos propios de la hipoteca inversa

### A. Sujeto acreedor: entidades prestamistas

Establece la D. A. 1.<sup>a</sup>, en su párrafo 2, que estos préstamos o créditos solo podrán ser concedidos por entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito y entidades aseguradoras autorizadas para operar en España (estas últimas, de acuerdo con su respectiva normativa sectorial).

Esta exigencia no plantea mayores dudas interpretativas, y debe valorarse favorablemente, puesto que el control del cumplimiento de las exigencias en materia de transparencia y comercialización solo se garantiza adecuadamente si quedan sujetas al régimen que para estas entidades rige en España.

Ahora bien. esta norma no implica la prohibición absoluta de que, al amparo de la autonomía de la voluntad, pueda concluirse el contrato de hipoteca inversa o uno análogo entre particulares, si bien a los mismos no les serán aplicables las normas, efectos y ventajas especiales que introduce la D. A. 1.<sup>a</sup>, como analizaremos al final.

### B. Sujeto pasivo del crédito: solicitante, beneficiarios

La D. A. 1.<sup>a</sup> empieza estableciendo, como requisito del tipo negocial de la hipoteca inversa que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar deben ser de edad igual o superior a los 65 años, o estar afectados de dependencia o de una discapacidad de grado igual o superior al 33 por ciento. Ese «solicitante» debe ser además el ocupante, como vivienda habitual suya, de la finca hipotecada. Y seguidamente habla del «deudor» y el «prestatario» como términos, al parecer, equivalentes al del «solicitante».

La terminología empleada adolece, sin embargo, de cierta falta de precisión. En esta operación pueden existir uno o varios deudores o prestatarios, un hipotecante (que aparentemente podría ser no deudor),



y un beneficiario, con posiciones jurídicas diversas, y que deben reunir los requisitos legales para que el contrato celebrado entre dentro del tipo establecido en la D. A. 1.<sup>a</sup> y quede sujeto a su régimen y ventajas regulatorias.

Así, aunque parece que la norma está pensando en un prestatario que hipoteca la finca de la que es propietario y constituye su vivienda habitual, pueden presentarse otras muchas situaciones en las que esta figura podría resultar útil.

Con frecuencia, los prestatarios pueden ser unos cónyuges titulares de una vivienda conyugal ganancial o que les pertenezca privativamente por partes iguales o en otra proporción, que recibirían el préstamo para los dos respondiendo de él solidariamente y distribuyéndose la deuda por partes iguales en la relación interna. Esto puede plantear problemas en la determinación de la carga de dicha deuda en la herencia de los dos cónyuges: si la responsabilidad es solidaria parece que el acreedor, pese a que como dice el párrafo 6 de la D. A. 1.<sup>a</sup> «solo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia», podrá reclamar la deuda por su total importe de una u otra de las dos herencias con ese límite. Y seguidamente entre los herederos de uno y otro de los dos cónyuges debería liquidarse la debida compensación, en ese supuesto de que una de las dos herencias hubiera soportado más carga que la que le correspondiera en la relación interna.

Pero puede también ocurrir que el deudor y el hipotecante no coincidan, en todo o en parte, situación que no ha sido objeto de ninguna regulación en la norma. Así, es posible que los dos cónyuges sean prestatarios, y por tanto deudores solidarios con esa limitación de la responsabilidad de sus respectivos herederos, pero solo uno de ellos sea el hipotecante, propietario de la vivienda.

Y es también posible que el préstamo se conceda a una o varias personas y en garantía del mismo se constituya una hipoteca sobre un bien propiedad de un tercero (por ejemplo, el hijo de los prestatarios) que constituya la vivienda habitual de los prestatarios, en exclusiva o de forma compartida con otras personas, frecuentemente de la misma familia. El propietario actuaría por tanto como hipotecante no deudor, y podría tener además la posición de heredero, con responsabilidad limitada por esa deuda de los causantes, como veremos.

Todas estas y otras posibles combinaciones de las figuras del deudor y el hipotecante no han sido contempladas con la debida claridad en el texto legal. No obstante parece que todas ellas deberían entrar sin problema alguno dentro de su confusa redacción, con tal que la finca hipotecada sea la vivienda habitual de los prestatarios, que es lo único que literalmente exige la D. A. 1.<sup>a</sup> en sus párrafos 1 y 10.





Distinta es la figura del beneficiario, que según parece sin ser deudor ni responsable del préstamo o crédito va a percibir las cantidades entregadas en virtud del contrato. El título que le habilita para esa percepción deberá ser un negocio con el prestatario, bien de donación de esas cantidades o de préstamo entre ambos con obligación de reembolso en las condiciones que hayan acordado o incluso, si se trata del cónyuge del prestatario, de aportación a la sociedad de gananciales mediante un pacto en capitulaciones matrimoniales, al amparo de la autonomía de la voluntad existente en ese terreno.

Y el hecho de la designación del beneficiario en el contrato de préstamo o crédito da lugar a una estipulación a favor de un tercero, que según Roca Guillamón<sup>(1)</sup> le convierte en titular de derechos frente al prestamista, concretamente el de exigir la entrega de las cantidades que se hubieran pactado durante su vida, sin aparecer como deudor. Ahora bien, en muchas ocasiones ese convenio negocial entre prestatario y beneficiario será tácito, lo que generará una notable dificultad de prueba del acuerdo realmente concluido entre ambos. Resulta interesante, por lo demás, la duda que se plantea sobre la eventual revocabilidad de esa estipulación a favor del tercero, que dependerá de sus propios términos: su carácter oneroso o gratuito, la previsión de su extinción ante ciertos acontecimientos (ruptura conyugal, necesidades de los hijos o descendientes, etc)<sup>(2)</sup>.

No obstante, debemos señalar que si el título o acuerdo con el beneficiario fuera una donación a su favor ordenada por el propio prestatario, podría la misma llegar a ser inoficiosa, planteándose un confuso conflicto con los herederos forzosos del mismo. Especialmente, si el prestatario/donante ya hubiera fallecido y el beneficiario pretendiera ejercer durante un largo plazo su derecho de continuar percibiendo las entregas periódicas y vitalicias acordadas, las cuales deberán ser reembolsadas a cargo de la herencia del prestatario como luego veremos.

### C. *Objeto: vivienda habitual del solicitante*

La D. A. 1.<sup>a</sup> se limita a decir, en su párrafo 1, que es requisito constitutivo de este tipo contractual que el préstamo quede garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante. Y añade en el párrafo 10 que de instrumentarse

---

(1) *La Hipoteca Inversa Como Medio de Protección Económica de los Mayores*, en *La Familia en el Derecho de Sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Coord. Por Angel Luis Rebolledo Varela, Dykinson, Madrid 2010.

(2) SERRANO DE NICOLAS, «Régimen Jurídico de la hipoteca inversa», p. 44.



hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante no serán de aplicación a las mismas los apartados anteriores de la D. A. 1.<sup>a</sup> No concreta más esta exigencia, y por consiguiente, como ya hemos apuntado, no parece exigir además que la vivienda pertenezca en propiedad al solicitante del préstamo. Cabe, por tanto, que sea de un tercero (su cónyuge, hijo, o persona ligada al mismo por otras relaciones familiares o meramente personales), de forma que el solicitante, receptor del préstamo y obligado a su pago sea distinto del hipotecante no deudor. Por lo demás, no concretándose qué se entienda por vivienda habitual, parece que lo más razonable sea acudir al concepto que se establece en la normativa fiscal<sup>(3)</sup>, no obstante lo cual debe realizarse una interpretación flexible en este punto, ya que es posible que una persona tenga y utilice simultáneamente más de una finca como viviendas habituales simultáneas.

Esta exigencia puede encajar mal con la criticable, absurda e infundada norma del párrafo 5, en el sentido de que si el bien hipotecado hubiera sido transmitido *voluntariamente* por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito. Más adelante analizaremos esta disposición, pero no parece que de ella se desprenda la exigencia de que la vivienda sea a la vez de propiedad del prestatario y ocupada por el mismo, como veremos. Y por la misma motivación, tampoco parece que se deba interpretar que si el deudor hipoteca su vivienda habitual y luego se traslada a vivir en otra, sea o no de su propiedad, ello deba motivar el vencimiento anticipado del préstamo o la exclusión del contrato a partir de ese momento de este tipo contractual.

En cualquier caso, queda muy patente aquí cómo sería más que deseable una clarificación de la norma, mediante una nueva redacción más precisa.

#### D. *Disposición del préstamo, devengo de intereses y apertura de crédito*

Establece el párrafo 1.b de la D. A. 1.<sup>a</sup> que el deudor podrá disponer del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas. No es muy correcto que esta alternativa se establezca como un requisito configurador del tipo contractual, ya que no hay otra posibilidad: bien se recibe el importe prestado mediante disposiciones periódicas o no, es decir mediante una o varias disposiciones concretas, o «únicas» (sic).

---

(3) SERRANO DE NICOLAS, «Régimen Jurídico de la hipoteca inversa», p. 48.

Pues bien, lo que esta norma parece sugerir es que la operación puede articularse de dos formas, desde el punto de vista de la disposición del importe prestado o acreditado:

- Bien mediante la disposición, con carácter vitalicio o durante un plazo determinado, de una cantidad periódica, mensual por ejemplo, para el prestatario o/y el beneficiario. En una operación diseñada así, las disposiciones mensuales se interrumpirían el día en que hubiera fallecido el último de los dos o concluido el más breve plazo pactado, y en ese momento se fijaría el importe total de la deuda, formada por el sumatorio de esas entregas como principal, más los intereses devengados por cada una de ellas y acumulados hasta la fecha de vencimiento.

La incertidumbre sobre la duración de esas disposiciones periódicas haría que la efectiva suma de las mismas pueda resultar de escasa cuantía, si el fallecimiento se produce pronto, en cuyo caso los herederos tendrán facilidad para pagar la deuda acumulada evitando así la ejecución sobre la vivienda hipotecada u otros bienes de la herencia, Por el contrario, si el prestatario o en su caso el beneficiario vivieran un número elevado de años, la deuda acumulada podría alcanzar una cuantía importante, que sumada a sus intereses podría eventualmente no quedar cubierta suficientemente por el valor de realización de la finca hipotecada. Ello provoca que las entidades concedentes de este tipo de operaciones, con su lógica aversión al riesgo, solo estén dispuestas a financiar la entrega de una cantidad periódica reducida en relación con el valor de la vivienda.

Por ello, como se indica en la exposición de motivos de la Ley 41/2007, normalmente se acordará que las disposiciones periódicas únicamente alcancen hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución: ello elimina el riesgo para la entidad prestamista de que la acumulación de una elevada cuantía de capital dispuesto deje sin cobertura hipotecaria a su crédito, y facilitará por tanto la concesión del préstamo o crédito. Pero a la vez tiene para el prestatario el inconveniente de que no le garantiza la disposición de esos medios durante toda su vida, sino únicamente hasta cierta edad, quedando desprotegido a partir de la misma. Claro es que la goma no se puede estirar indefinidamente: la obtención de crédito mediante la hipoteca sobre la vivienda estará siempre limitada por el valor de la misma.

Además, debemos reiterar que si hubiera fallecido el prestatario dejando descendientes, y existiera un beneficiario designado por el mismo en el contrato (por ejemplo, su cónyuge o pareja de hecho) a título gratuito, la eventual larga vida de éste con la consiguiente acumulación de una importante deuda con cargo a la herencia puede provocar la inoficiosidad de esa disposición a su favor.



– También se puede acordar una entrega limitada de cantidades, mediante una disposición única (por ejemplo, para financiar un tratamiento médico del prestatario), o bien varias disposiciones determinadas («únicas», en la confusa terminología de la D. A. 1.<sup>a</sup>: por ejemplo, diez entregas anuales de un importe prefijado, que no obstante se interrumpirían si antes se produce el fallecimiento del prestatario y el eventual beneficiario).

En estos supuestos, se atenúa el riesgo de acumulación de una deuda importante por capital, aunque la de intereses continuará creciendo hasta el fallecimiento del deudor o beneficiario. Todo ello podrá permitir el incremento de las cantidades prestadas, si bien resulta claro que por esta vía no se propiciará el objetivo de obtener unos ingresos vitalicios, que con frecuencia constituirá la verdadera finalidad de este tipo de operaciones.

En conclusión, la amplísima autonomía de la voluntad que existe en este punto permitirá diseñar la operación de múltiples formas, en función de los objetivos pretendidos por la parte prestataria. Y se observa con claridad cómo el principal obstáculo a la obtención de una percepción vitalicia de cuantía suficiente se encuentra en la aleatoriedad de la duración de esa percepción y los riesgos de falta de cobertura de la operación, por lo que la entrada en juego de instrumentos capaces de atenuar ese riesgo a un coste razonable puede ser fundamental.

Por otra parte, se debe apuntar que en estas operaciones frecuentemente la forma más ajustada de instrumentación sea la apertura de crédito, a la que reiteradamente hace referencia la D. A. 1.<sup>a</sup> Esta figura puede resultar adecuada porque permite pactar expresamente que los intereses que vayan devengando (y por definición no se abonan a su devengo, sino tras el fallecimiento del deudor o beneficiario) se carguen, por ejemplo con periodicidad anual o trimestral, a la cuenta y en consecuencia desde ese momento quede novada la obligación de su pago, acumulándolos al principal, y por tanto devengándose intereses sobre la total deuda resultante. LA DGRN, en varias Resoluciones (de 1 de octubre y 4 de noviembre de 2010, y de 11 de enero de 2011) así lo ha admitido, pese a la prohibición tradicionalmente sostenida en nuestro ordenamiento del devengo de intereses sobre los propios intereses acumulados. Esa prohibición la deducía la DGRN del artículo 114 de la Ley Hipotecaria (que únicamente establecía, al tiempo de las resoluciones citadas, la limitación de la cobertura de intereses a un máximo de cinco años).

Posteriormente, se ha modificado el artículo, añadiendo en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y seguidamente en la Ley 5/2019, de 15 de marzo en términos más rigurosos, mediante un tercer párrafo que prohíbe que los intereses de demora sean capitalizados en ningún caso, sin posibilidad de pacto en contrario. En cualquier caso, aparte de que esta norma solo rija para los préstamos que entren dentro del ámbito de aplicación de

la Ley 5/2019, debe observarse que la prohibición de capitalización se refiere solo a los intereses de demora y no a los ordinarios, lo que quizás podría fundamentar una interpretación menos restrictiva del pacto de interés compuesto que la que, quizás de forma excesivamente rigurosa, se ha venido manteniendo hasta la fecha.

En cualquier caso, las Resoluciones citadas señalan por un lado que el Tribunal Supremo en sentencias reiteradas ha señalado la validez del pacto de anatocismo, por lo que los límites que se pueden deducir del artículo 114 de la Ley Hipotecaria se deben entender referidos solo a la eficacia frente a terceros del pacto de capitalización de los intereses. Y por otro lado, fundamentalmente, apuntan cómo en los contratos de crédito en cuenta corriente en rigor, tras cada vencimiento, no hay unos intereses exigibles con independencia sino que, de acuerdo con lo pactado, los mismos solo son objeto de anotación como una partida de cargo más de la cuenta corriente, por lo que la hipoteca no garantiza de forma separada e independiente cada vencimiento de intereses, sino solo el saldo final de la cuenta, no pudiendo por tanto hablarse de una capitalización de los intereses ordinarios vencidos (aunque los mismos se vayan devengando sobre la totalidad del saldo que en cada momento arroje dicha cuenta).

#### *E. Vencimiento y exigibilidad del préstamo o crédito*

La regulación del vencimiento del préstamo, en los términos que establece el párrafo 1.c de la D. A. 1.<sup>a</sup>, constituye una de las características definitorias de este tipo contractual, de modo que la deuda solo será exigible al fallecimiento del prestatario o del último beneficiario (si así se estipuló en el contrato), y solo en ese momento se puede proceder a la ejecución de la garantía hipotecaria, lo que habrá servido para garantizarles la disponibilidad vitalicia de la vivienda.

No tendría sentido la prolongación del vencimiento durante la vida del beneficiario (distinto del prestatario) para asegurarle el uso de la vivienda, en el caso de que el mismo no la ocupara (lo que no se exige expresamente). Ello parece motivar la excepción prevista de que el vencimiento se alargue hasta el fallecimiento del beneficiario únicamente en el supuesto de que así se haya pactado de forma expresa.

Una vez producido el fallecimiento del deudor (o, en su caso, del beneficiario), la D. A.1.<sup>a</sup>, en sus párrafos 5 y 6, da a sus herederos una doble opción: bien abonar la totalidad de la deuda con sus intereses (sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación, previsión



que no se entiende muy bien, puesto que en ese momento por definición habría vencido el préstamo), o bien optar por no reembolsarla.

Si los herederos optan por no reembolsar la deuda, se crea una extraña situación, ya que el acreedor podrá ejecutar la hipoteca mediante cualquiera de los procedimientos legales, sin que sea aplicable el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria (es decir, la limitación de la cobertura de la garantía hipotecaria a cinco años de intereses). Puede también embargar para el cobro de lo que se le deba cualquiera de los restantes bienes de la herencia, lo que es lógico, puesto que se trata de una deuda del causante.

Ahora bien, se crea aquí una especie de «beneficio de inventario» legal a favor de los herederos, ya que dice la norma que el acreedor «solo podrá obtener el recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia». La limitación de la responsabilidad de los herederos por estas deudas del causante sin necesidad de formular expresamente la aceptación a beneficio de inventario nos parece acertada, para hacer más viable la figura dentro del ámbito de las relaciones familiares, y tomando en consideración que la principal garantía, que es la base del préstamo, es la hipoteca. No obstante, hubiera sido deseable una mayor precisión, por ejemplo mediante una concreción de las normas sobre el procedimiento para la formulación del inventario de los bienes que integran el caudal hereditario, lo que parece necesario para asegurar la efectividad de los derechos del acreedor. Y en estos casos, debe entenderse que se pierde el beneficio de la limitación de la responsabilidad si los herederos no actúan con la diligencia debida en ese proceso de puesta de los bienes a disposición del acreedor.

La incertidumbre legal se agrava, por otra parte, en el supuesto de prórroga del vencimiento hasta el fallecimiento del beneficiario, cuando el prestatario/ hipotecante le haya premuerto. Aquí se produciría una coyuntura de riesgo de reducción de las garantías del acreedor, que quizás solo pueda disponer del procedimiento de ejecución hipotecaria para el cobro de lo debido. Porque esa situación no impide la partición de la herencia del fallecido, si bien es cierto que los bienes de esa herencia siguen respondiendo de una deuda de vencimiento futuro y cuantía indeterminada. Esto dificulta notablemente la ejecución sobre los otros bienes de la herencia, que deben ser entregados a los herederos, por lo que parece que como mínimo debe interpretarse que los herederos responderían de esa deuda con sus bienes, si bien con el límite del valor de lo que respectivamente hubiera percibido cada uno (aparte del problema de la posible inoficiosidad de la disposición gratuita a favor del beneficiario al que nos hemos referido ya).

## F. *La transmisión voluntaria de la finca hipotecada*

El párrafo 5 de la D. A. 1.<sup>a</sup> introduce otra norma que carece de sentido institucional, presenta una redacción muy defectuosa y llena de dudas interpretativas, y seguramente le haga acreedor de una interpretación correctora, apartada de su literalidad.

El citado párrafo comienza estableciendo, como acabamos de ver, el derecho de los herederos del deudor, una vez hayan fallecido el mismo y los beneficiarios, de cancelar el préstamo sin comisión alguna por tal cancelación.

Y continúa en un segundo apartado diciendo que si el bien ha sido transmitido voluntariamente por el deudor el acreedor puede declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que la garantía se sustituya por otra suficiente. No se entiende el sentido que pueda tener colocar esta última norma en un apartado que comienza con los efectos del fallecimiento del deudor y los beneficiarios. Quizás cabría interpretar que se refiere al supuesto de que se haya pactado un plazo para el vencimiento de la deuda posterior a esa fecha de fallecimiento, aunque se trate de un supuesto muy excepcional (ya que lo normal es precisamente pactar el vencimiento en el momento del fallecimiento), y los herederos vendieran la finca tras la misma. Sin embargo, la norma literalmente se refiere a la transmisión «por el deudor hipotecario», lo que parece excluir dicha interpretación.

En cualquier caso, la norma carece por completo de sentido y fundamento. En primer lugar, porque transmisión voluntaria de la finca hipotecada no extingue ni limita en modo alguno el alcance y valor de esa garantía hipotecaria: la hipoteca subsiste plenamente pese a esa transmisión<sup>(4)</sup>. En segundo lugar, el hecho de que como consecuencia de la transmisión la finca dejara de ser la vivienda habitual del deudor no limita la calidad de la garantía ni genera un riesgo real de dificultad de la ejecución hipotecaria de la finca de un tercero. En tercer lugar, es incluso posible que tras la transmisión de la finca por el deudor la misma continúe siendo su vivienda habitual (por un pacto de reserva del usufructo o de arrendamiento a su favor). Y finalmente, la excepción de que se sustituya la hipoteca por otra garantía «suficiente» es absurda: la nueva garantía no tiene por qué constituirse sobre la vivienda del deudor (no lo exige la norma), y en todo

---

(4) En este sentido, apunta SILVESTRE, M. (*Hipoteca inversa. Algunas hipótesis de conflicto*, Diario la Ley, núm. 6924, 2008) cómo el proyecto inicial pretendía impedir al propietario hipotecante el ejercicio de una facultad dominical tan esencial como es la de disponer, pero al final se conformó con declarar vencido anticipadamente el préstamo si se enajena voluntariamente la finca, lo que no tiene justificación, si se tiene en cuenta que el acreedor ya goza de suficiente garantía al disponer de la acción hipotecaria sobre la finca cualquiera que sea su poseedor o propietario.

caso, la garantía sobre la vivienda era suficiente cuando se pactó la hipoteca inversa, por lo que carece completamente de fundamento que se permita eludir el vencimiento si se constituye en su lugar una garantía sobre otro bien, que va a tener un valor análogo a la hipoteca constituida inicialmente.

Por todo ello, debe interpretarse que la transmisión voluntaria únicamente puede dar lugar al vencimiento anticipado del préstamo en el excepcional supuesto de que la garantía deje de ser suficiente tras la misma, por ejemplo porque la venta se haya acordado con simultánea cancelación de la hipoteca (que en cualquier caso deberá formalizarse con el consentimiento cancelatorio del acreedor, formalizando simultáneamente mediante acuerdo entre acreedor y deudor bien el pago y cancelación anticipada del préstamo, o bien la constitución de una nueva garantía hipotecaria suficiente).

Quizás el único sentido posible de la norma sea que en tal caso, es decir si el deudor pretende cancelar la hipoteca en el acto de la venta de la finca, el acreedor no pueda oponerse a la continuación de la vigencia del préstamo si el deudor ofrece la garantía de la constitución de la hipoteca sobre un bien cuyo valor de tasación sea al menos igual a la tasación de la vivienda inicialmente hipotecada. Claro que interpretar que la norma está imponiendo una obligación de aceptar la sustitución de la garantía al acreedor cuando lo que su texto dice es que «el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado» es quizás llevar la corrección interpretativa demasiado lejos. Aparte de ello, obligar a los acreedores a aceptar la sustitución de la garantía cuando así lo decida el deudor no parece, desde el punto de vista de la política legislativa, muy acertado, en la medida en que podría desincentivar seriamente el interés en estas operaciones de las entidades financieras, ya de por sí demasiado escaso.

#### G. *Tasación de la finca*

El párrafo 1.d de la D. A. 1.<sup>a</sup> establece que, de forma obligatoria, la vivienda hipotecada debe ser tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

Las remisiones que se han realizado a esta norma para imponer la obligatoriedad de las tasaciones en la constitución de hipotecas, tanto aquí como en las normas que sucesivamente se han dictado para proteger al deudor en los procedimientos de ejecución hipotecaria (estableciéndose inicialmente en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que la tasación para subasta





no podría ser inferior al 75 % del valor de tasación de la finca, y posteriormente, tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo, que la misma, en el supuesto de venta extrajudicial ante notario, no podría ser inferior al 100 % de dicho valor, tasación que deberá además ser igual a dicha cifra para el procedimiento de ejecución directa, si se han pactado ambos) adolecen de una técnica legislativa poco depurada: se remiten a regulación en la Ley 2/1981; pero esta última Ley obligaba a realizar las tasaciones no para los préstamos hipotecarios en general, sino únicamente para que el correspondiente crédito hipotecario pudiera ser movilizado mediante la emisión de los títulos regulados en la propia Ley, con la finalidad por tanto de garantizar la solidez de esos títulos. Y por ello, la exigencia que su artículo 5 se establece, de que el préstamo o crédito no exceda del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado, no es aplicable a los préstamos ordinarios o hipotecas inversas en general, sino únicamente a aquellos que hayan de ser movilizados.

La Ley 2/1981 admite que la tasación se realice por los servicios de tasación de las Entidades a que se refiere el artículo segundo, es decir de la propia prestamista. Esta autorización fue progresivamente limitada, ya que la Ley 1/2013, para evitar que se repitieran los problemas de la burbuja financiera e inmobiliaria a causa de unas tasaciones realizadas por los servicios de tasación de la propia entidad financiera, exigió una cierta independencia de esos servicios respecto de la entidad, regulando la forma de apreciar dicha independencia. Y posteriormente, la Ley 5/2019 ha reforzado la exigencia, estableciendo en su artículo 13 que la sociedad de tasación o servicio de tasación de una entidad de crédito o profesional homologado deberá ser «independiente del prestamista o del intermediario de crédito inmobiliario».

Pues bien, dado que el artículo 2 de esta última, al definir el ámbito de aplicación de la Ley, excluye a la hipoteca inversa, se plantea la duda de si en consecuencia no siendo aplicable la misma la entidad tasadora no requiere una independencia tan rigurosa de la entidad tasadora, sino en los términos más flexibles en que la misma se regula por la Ley 1/2013. (Aunque hay que reconocer que, tal como han quedado organizados en la actualidad los servicios de tasación que se emplean por los bancos, esa cuestión no va a tener una excesiva relevancia en la práctica).

Y pese a esa exclusión, parece claro que la exigencia introducida por la Ley 5/2019 de que el valor de tasación de la finca en la venta extrajudicial, si se pacta la misma, o en la subasta judicial, no sea inferior al de la tasación realizada, rige para la hipoteca inversa, dado que la misma se ha introducido en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, que es de aplicación general a todas las hipotecas.



H. *Comercialización y transparencia de estas operaciones*

La complejidad y dificultad de comprensión de esta figura de la hipoteca inversa, las serias implicaciones que inevitablemente la misma tendrá para la economía de sus probables usuarios, así como la potencial vulnerabilidad de éstos, y el hecho de que en caso de errar en sus cálculos ya no dispondrán de mucho espacio de maniobra, hacen que sea especialmente importante su correcta información y asesoramiento, para evitarles sorpresas y abusos.

Por este motivo, la Ley 41/2007 ha impuesto a las entidades que comercialicen hipotecas inversas la obligación de cumplir un régimen de transparencia, que será establecido por el Ministerio de Economía, suministrando a los solicitantes los servicios de asesoramiento independiente que precisen, los cuales deberán disponerse teniendo en cuenta su situación financiera y los riesgos económicos derivados de la operación. Se prevé además que el Ministerio de Economía defina los mecanismos, condiciones, forma y requisitos de dicho asesoramiento, cosa que hasta la fecha no se ha realizado.

Cierto es que a estas operaciones les será de aplicación la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, con la obligatoria entrega de una oferta vinculante y demás información, recogiendo en particular en sus Anexos III y IV el modelo de FIPRE y FIPER para las hipotecas Inversas, así como el deber de la entidad de prestar un servicio de asesoramiento independiente y previo, y el deber del notario de cerciorarse de que dicho asesoramiento ha sido llevado a cabo, así como de informar en debida forma al cliente del Banco.

En cualquier caso, ese asesoramiento hace referencia únicamente a las condiciones financieras de la hipoteca inversa ofertada, y por ello resulta sin duda insuficiente. Una correcta configuración de la misma, con un contenido más amplio, puede ayudar al éxito de la figura, incrementando la confianza en ella a base de facilitar a los potenciales usuarios la mejor elección entre las diversas alternativas financieras y de seguros disponibles, en función de su situación y necesidades. Ahora bien, su puesta en marcha no es sencilla, debido a la complejidad que presenta, ya que debe comprender tres aspectos que seguramente deban disociarse: el financiero, el actuarial y el jurídico.

El asesoramiento financiero y actuarial debería servir para proporcionar información sobre las diversas alternativas existentes en el mercado y las que en el futuro, como apuntaremos, se le pueden ofrecer. En función de la edad y las necesidades a corto y largo plazo de los prestatarios-beneficiarios, debe ponderarse la elección entre diversas alternativas de disposición



del dinero prestado (capital inicial, entregas sucesivas, vitalicias o hasta un plazo máximo, etc.), y la eventual combinación de éstas con la contratación de un seguro que, para el supuesto de supervivencia más allá de una determinada fecha proporcione al prestatario una indemnización que complemente el capital percibido de la entidad financiera hasta la fecha, o bien asegure al acreedor el cobro de la deuda total al poner a su disposición un capital extra susceptible de ejecución o directamente entregado al Banco, lo que permitirá a éste ofrecer un préstamo en mejores condiciones. En función de estos elementos, y teniendo en cuenta que la prima del eventual seguro se puede pagar de forma íntegra al principio, con cargo al préstamo y devengándose desde entonces intereses por la misma, o bien de forma periódica, deduciéndose de cada una de las disposiciones, debe buscarse la combinación o fórmula que, en función del valor de la vivienda hipotecada, edad, necesidades y demás circunstancias del prestatario, permita maximizar las cantidades a percibir mediante la garantía sobre ella constituida.

Por consiguiente, para ayudar a los prestatarios a obtener una solución ventajosa, se requeriría un asesoramiento que no se limite a analizar los productos y posibilidades ofrecidos por una sola empresa financiera o aseguradora, ya que normalmente la mejor alternativa será la combinación de un préstamo de alguna de las entidades financieras con un seguro de otra aseguradora. Por tanto, el asesoramiento no se puede prestar de forma eficaz y útil por los servicios vinculados únicamente a un banco o entidad financiera, o a una aseguradora, sino preferiblemente por una entidad que tenga información de los distintos productos disponibles en el mercado, y tenga por tanto capacidad para compararlos y elegir la mejor combinación para cubrir las necesidades del concreto cliente.

Junto a lo anterior, es también preciso un asesoramiento de tipo jurídico, que informe al prestatario de las condiciones del contrato concreto que se ha ofrecido por una o varias entidades, y en particular de las consecuencias tanto legales como patrimoniales que la firma y puesta en ejecución del préstamo o crédito va a tener: la limitación de las posibilidades de venta de la finca en el futuro (puesto que deberá cancelarse el préstamo en el mismo acto, reduciendo de forma importante, o en ocasiones por completo, el margen que del precio obtenido quedará al propietario), las consecuencias de una cancelación anticipada, la forma de cálculo de los intereses y la determinación del importe de la deuda pendiente a lo largo del tiempo como consecuencia de la acumulación de esos intereses, sean éstos fijos o variables, etc.

En este punto, debemos observar que con la completa exclusión de estas operaciones del ámbito de aplicación de la ley 5/2019 se perdió la oportunidad de utilizar para las mismas el asesoramiento previo e independiente del notario, basado entre otras cosas en la libre elección del notario por la



parte prestataria, y en el control de la disponibilidad de la información por el prestatario con anterioridad suficiente sin la cual la utilidad de esa información previa queda enormemente limitada.

En una futura revisión de la Ley actualmente vigente, debería por tanto plantearse el diseño de los mecanismos de asesoramiento a emplear, en el cual, en los muchos años transcurridos desde la aprobación de la Ley 41/2007, apenas se ha avanzado.

# I. *Régimen de la hipoteca inversa constituida «sobre otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante»*

Dice el apartado 10 de la D. A. 1.<sup>a</sup> que cabe también constituir hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante, si bien a las mismas no les serán de aplicación los apartados anteriores de la D. A. 1.<sup>a</sup>

La norma, de nuevo, plantea numerosas dudas, por una parte sobre su significado institucional, y por otra sobre el alcance de esa exclusión de la aplicación de «los apartados anteriores de esta disposición.» Porque si bien es cierto que, como dice la Exposición de Motivos de la Ley, el sentido de la institución se encuentra en posibilitar que se haga líquido el valor *de la vivienda* mediante productos financieros, como medio de contribuir a la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida, no se entiende bien por qué se excluye de su tipo legal el supuesto del empleo de otros bienes con la misma finalidad: por ejemplo, una segunda residencia, una finca rústica, una vivienda diferente de la habitual del prestatario porque el mismo ocupara la suya en régimen de alquiler, etc. La propia exposición de motivos reconoce la virtualidad del uso de la figura sobre otros bienes, cuando afirma la potencial utilidad del «desarrollo de un mercado de hipotecas inversas que permitan a los mayores utilizar *parte* de su patrimonio inmobiliario para aumentar su renta ofrece un gran potencial de generación de beneficios económicos y sociales».

Así las cosas, resulta evidente que los beneficios fiscales y arancelarios concedidos en los apartados 7, 8 y 9 de la D. A. 1.<sup>a</sup> solo serán aplicables en los supuestos de uso de la vivienda habitual para la obtención de crédito. Pero no queda claro si ello implica necesariamente la exclusión de todas y cada una de las restantes normas contenidas en los apartados anteriores, a hipotecas que no reúnan todas las circunstancias que se mencionan: constituidas sobre otros bienes, o de personas que no cumplan los requisitos subjetivos que hemos descrito, o con una fecha de vencimiento anterior al fallecimiento, concedidas por prestamistas que no sean entidades de las enumeradas en la D. A. 1.<sup>a</sup>, etc.



En contra de esa exclusión militan dos argumentos: por un lado, que no era necesaria la autorización por la D. A. 1.<sup>a</sup> de este tipo de contratos sobre otros inmuebles, ya que la autonomía de la voluntad que preside nuestro derecho lo permitiría en todo caso. Y, por otra parte, que el reconocimiento de la figura en la propia D. A. 1.<sup>a</sup>, parece implicar que la misma queda subsumida dentro de este tipo.

Así, nada obstará a que, al amparo de la autonomía de la voluntad se pacte la hipoteca inversa sobre un inmueble que no sea la vivienda habitual del prestatario acordándose la entrega del capital en alguna de las formas a las que antes se ha hecho referencia, y estableciéndose como fecha de vencimiento un plazo *certus an, incertus quando*, como es la fecha del fallecimiento del prestatario o en su caso el beneficiario. Cuestión distinta es si las normas que hemos visto que exceptúan las reglas generales de nuestro ordenamiento, como la aplicación de esa limitación de la responsabilidad de los herederos por las deudas del causante al margen del beneficio de inventario con su procedimiento legalmente organizado, o la no aplicabilidad de la limitación de la cobertura de los intereses a cinco años que establece el artículo 114 de la Ley Hipotecaria serían de aplicación en estos supuestos<sup>(5)</sup>. Parece que la interpretación debe ser negativa, dados los términos literales del párrafo 10, aunque como hemos indicado ello puede no estar justificado *de lege ferenda*.

#### J. *Exenciones fiscales y bonificaciones arancelarias*

Los párrafos 7, 8 y 9 establecen para estas operaciones (tanto si se trata de su constitución como de la subrogación, novación modificativa o cancelación) importantes bonificaciones, en concreto la exención de la cuota gradual de documentos notariales del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados y la reducción de los honorarios notariales y registrales de dichas escrituras.

Parece claro, como se acaba de indicar, que estas bonificaciones son aplicables únicamente en los supuestos de hipotecas inversas constituidas sobre la vivienda habitual del prestatario y que reúnan las restantes características definitorias del tipo negocial (edad o discapacidad del solicitante o beneficiario, no exigibilidad hasta el fallecimiento, tasación

---

(5) En este sentido, considera Serrano de Nicolás que a estas operaciones les es aplicable la excepción del artículo 114.2 de la ley hipotecaria, por darse identidad de razón, con tal que se haya pactado que la exigibilidad de la deuda se posponga al momento del fallecimiento de del deudor o el beneficiario (*Régimen jurídico de la hipoteca inversa*, p. 56). Por su parte, Romero Candau entendía también que son aplicables todas las normas contenidas en la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup>, con excepción de las normas protectoras de los párrafos 7, 8 y 9 (*La Hipoteca Inversa*, pp. 313 ss.).



de la finca, que el concedente sea una entidad de crédito, establecimiento financiero de crédito o entidad aseguradora autorizada).

Roca Guillamón critica las reducciones arancelarias de los apartados 7 y 8, señalando que son demagógicas, ya que la causa del encarecimiento de esta figura crediticia no reside única ni principalmente en estos gastos, por cuanto a ellos se añaden otros, como tasación, comisiones bancarias, seguros, etc., que no han sido objeto de limitación alguna, y son arbitrarias, en cuanto implican una falta de reconocimiento del valor y coste de la función desempeñada por el notario y el registrador<sup>(6)</sup>. A ello cabe añadir la siguiente consideración: el éxito práctico de estas figuras requerirá como hemos apuntado un reforzamiento y profundización del asesoramiento notarial previo, que bien podría organizarse en los mismos términos que se establecieron por la Ley 5/2019, mediante un acta previa sin coste para el otorgante. Ahora bien, si se establece una reducción arancelaria tan radical como la actual, de modo que con el arancel efectivo no se llegan a cubrir los costes de la intervención notarial más que con la subvención cruzada de los de otras escrituras, y a ello hay que añadir una duplicación de esos costes y dedicación con el acta previa y gratuita, el incentivo de la prestación de la función notarial se reduce de forma excesiva, hasta el punto en que es previsible que la aportación efectiva al desarrollo de la figura sea finalmente muy reducida.

### 3. LAS DISFUNCIONES DE LA FIGURA, Y SUS VÍAS DE SOLUCIÓN

Como decíamos al inicio, la figura de la hipoteca inversa, a pesar de responder a una necesidad objetiva y previsiblemente cada vez más acuciante de un importante sector de la población, no ha tenido hasta la fecha la difusión que se esperaba. En mi opinión, la principal causa de este fracaso reside en la defectuosa regulación que de ella se ha realizado en la Ley 41/2007, no solo por las numerosas incertidumbres legales que de ella se derivan y por el marco excesivamente estrecho que la figura de la hipoteca presenta en nuestro ordenamiento jurídico, sino también, y muy especialmente, porque solo contempla una de las vertientes de la figura, la puramente jurídica, olvidando su problemática económica y de gestión.

---

(6) ROCA GUILLAMÓN, *La Hipoteca Inversa Como Medio de Protección Económica de los Mayores*, en *La Familia en el Derecho de Sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Coord. Por Angel Luis Rebolledo Varela, Dykinson, Madrid 2010, pp. 678 ss.

Los propietarios de una vivienda que se planteen la formalización de una hipoteca inversa sobre la misma pretenderán obtener a cambio una renta que, para atender satisfactoriamente a sus necesidades, debería ser vitalicia y revisable anualmente, en función del previsible aumento del IPC. Una renta que únicamente alcance hasta un número determinado de años no resultaría satisfactoria, si se tiene en cuenta que en caso de superar esa edad, en la ancianidad más avanzada y por tanto cuando las necesidades asistenciales serían previsiblemente mayores, los titulares de la vivienda ya no obtendrían ninguna cantidad adicional, y habrían perdido además la posibilidad de disponer de la vivienda. Por lo demás, la devolución del préstamo así recibido debería quedar aplazada hasta la fecha de su fallecimiento.

Pues bien, la renta que se les ofrecería en el mercado, si hubiera de tener las anteriores características, sería excesivamente baja, a la vista de las incertidumbres que para la entidad prestamista plantea semejante situación. Porque el Banco, que opera sobre parámetros exclusivamente financieros, no tiene posibilidad de cuantificar la probabilidad de que se produzca el hecho incierto consistente en la sobrevivencia durante un determinado número de años, ni de atenuar los riesgos inherentes a esa incertidumbre mediante su reparto entre un número elevado de operaciones, a la vista del escaso desarrollo de la figura<sup>(7)</sup>. Por lo demás, la tradicional e infundada exclusión del anatocismo o interés compuesto en la figura de la hipoteca agrava sensiblemente los riesgos derivados del hecho del aplazamiento de la recuperación de la inversión hasta el final de la vida de los deudores.

Todas estas incertidumbres hacen que la figura sea más adecuada a la operativa de las compañías aseguradoras, que sí tienen capacidad de cuantificar sus riesgos mediante los correspondientes estudios actuariales, de diluirlos a través de la mutualización o distribución de esos riesgos entre un elevado número de operaciones, e incluso cubrirlos mediante el reaseguro. Sin embargo, el hecho de que la garantía de percepción de la prima o contraprestación para la compañía se constituya sobre un inmueble a través de su eventual ejecución hipotecaria o incluso la directa adjudicación a la entidad constituye una práctica que resulta totalmente ajena a la habitual en el sector de seguros y para la que no se dispone de los medios organizativos adecuados, lo que ha alejado a estas entidades de este tipo de operaciones<sup>(8)</sup>.

---

(7) En este sentido, de forma muy gráfica, BERROCAL LANCELOT apunta cómo el problema es la transferencia del riesgo de longevidad al sistema financiero privado (*La venta de la nuda propiedad y la hipoteca inversa como instrumentos al servicio de las personas mayores*, p. 388). El problema debe, pues, en nuestra opinión, enfocarse desde la óptica de la combinación de los servicios financieros y los de seguros, como vamos a exponer.

(8) Apunta en este sentido, de forma muy razonable, SERRANO DE NICOLÁS que resulta conveniente admitir la figura del pacto comisorio, debidamente regulado, para facilitar los objetivos de la institución (*La hipoteca inversa*, pp. 356 ss.).



Por ello, la solución únicamente podría alcanzarse a partir de un producto combinado: una figura mixta con un contrato de préstamo hipotecario más uno de seguro de sobrevivencia. Es decir, se trataría de formalizar un contrato de préstamo a percibir mediante sucesivas entregas periódicas de capital hasta una determinada fecha, pactándose además un interés compuesto para retribuir financieramente de forma adecuada el hecho del aplazamiento de la percepción de los intereses. En mi opinión, además, el posible pacto de revisión de las cantidades entregadas periódicamente al prestatario de conformidad con al aumento del IPC sería posible, si la entidad financiera valora adecuadamente el hecho de que ese incremento de la deuda se vería siempre acompañado de un incremento paralelo del valor del bien sobre el que se constituye la garantía (teniendo en cuenta además que el diferencial entre las primeras cantidades entregadas y el valor de la vivienda progresivamente incrementado, con posterioridad, como consecuencia del aumento del IPC refuerza esa cobertura de la garantía).

Y junto al anterior contrato de préstamo, integrado en la misma operación o negocio jurídico complejo, se debería contratar un seguro de sobrevivencia, que dé al asegurado el derecho vitalicio a la percepción de una renta mensual a partir del momento en que cumpla una determinada edad (la edad, precisamente, en que dejaría de percibir las entregas periódicas de capital del préstamo). La prima del seguro podría pagarse mensualmente, en cuyo caso la cantidad percibida mediante el préstamo se vería reducida en ese importe, o bien en el momento inicial de la operación, en cuyo caso el pago de esa cantidad se financiaría normalmente mediante el préstamo, en forma de una entrega inicial algo mayor, si bien tendría la ventaja de que su importe, es decir el coste de un seguro de sobrevivencia con pago adelantado de la total prima, sería relativamente reducido.

La organización de esta figura compleja requerirá una colaboración entre empresas financieras y aseguradoras que no se ha producido hasta la fecha. Por lo demás, el interés social de la misma, y su previsible efecto positivo para las cuentas públicas, debido a la reducción de necesidades asistenciales que sin duda generaría, seguramente hagan viable una participación de los poderes públicos en la promoción de la figura, incluso mediante ayudas cuyo importe, si se dan en el momento inicial de la operación, no tendrían un importe excesivamente elevado.

En conclusión, la posible difusión de la figura sin duda requiere una mejora de su régimen jurídico-privado, en los términos que se han venido señalando, pero no basta con ello para hacerla viable: es igualmente preciso un replanteamiento de sus coordenadas económicas y de la estructura de los productos financieros y actuariales que se ofrezcan en el mercado.



## BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ ALVAREZ, H., *La hipoteca inversa: una alternativa económica en tiempos de crisis*, Lex Nova, 2009.
- ALVAREZ OLALLA, P., *Calificación del registrador respecto a las cláusulas del préstamo hipotecario, cobertura de intereses remuneratorios en hipoteca inversa y cláusula de vencimiento anticipado: comentario a la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 1 de octubre de 2010 (RJ 2010, 5273)*, *Aranzadi civil-mercantil*. (1). abril 2011, pp. 21-30.
- ANGUITA RIOS, R. M., «Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre», *La Ley*. (6875). 4 febrero 2008, pp. 1-7.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., *Hipoteca flotante, hipoteca inversa e hipoteca en garantía de obligación de intereses. Análisis crítico de los derechos de garantía en el tráfico mercantil*, Aranzadi, 2022, pp. 737-791.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., *Hipoteca inversa y otros instrumentos financieros afines*, Academia Sevillana del Notariado. (19), curso académico 2007-2008, pp. 27-178.
- BLANQUER UBEROS, R., «Hipotecas inversas e hipotecas de máximo». *El notario del siglo XXI*, (10), noviembre-diciembre 2006, pp. 70-73.
- CONTRERAS DE LA ROSA, I., «Hipoteca inversa y “prêt viager hypothécaire”: ¿dos enfoques legales distintos en torno a una misma realidad?», en: *Tendencias actuales en torno al mercado del crédito: VIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino / Juana Pulgar Ezquerro* (dir.); Carlos Vargas Vasse-rot (coord.); José M. Domínguez Martínez... [et al.]; prólogo de Manuel Olivencia Ruiz, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 419-438.
- ESTUPIÑAN CACERES, R., «La hipoteca inversa y otros productos financieros en torno a la vivienda de las personas mayores». En: *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Ed. Reus, Madrid, 2008, pp. 197-210.
- GARCIA GARNICA, M. C., «La hipoteca inversa: un instrumento financiero para contribuir al sostenimiento económico de las personas dependientes.», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (4), julio 2011, pp. 91-110.
- GAZQUEZ SERRANO, L., «La hipoteca inversa». En: *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, Ed. Aranzadi, 2018, pp. 761-776.
- JIMENEZ CLAR, A. J., «La hipoteca inversa como instrumento de protección social», *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, (113), enero-marzo 2009, pp. 97-142.
- MARTIN BRICEÑO, M. R., «La hipoteca inversa como instrumento de protección de las personas dependientes», *La Ley derecho de familia*, (2), abril 2014, pp. 41-54.
- MIQUEL SILVESTRE, J. A., «Hipoteca inversa: algunas hipótesis de conflicto», *La Ley*, (6924), 14 abril 2008, pp. 6-7.
- MORILLO FERNANDEZ, F. J., «El crédito hipotecario inverso: la hipoteca inversa», *El notario del siglo XXI*, (17), enero-febrero 2008, pp. 162-167.



- PEREA GONZALEZ, A., «Autoatención» y mercado hipotecario: la hipoteca inversa «protegida», *Actualidad Civil*, n. 9, 2020, pp. 1-14.
- ROCA GUILLAMON, J., «La hipoteca inversa como medio de protección económica de los mayores». En: *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid: Dykinson, 2010, pp. 657-694.
- ROMERO CANDAU, P. A., «La hipoteca inversa». En: *Hacia un nuevo Derecho hipotecario* / Valerio Pérez de Madrid Carreras (coord.); prólogo Antonio Ojeda Escobar; Rodrigo Tena Arregui... [et al.], Madrid: Consejo General del Notariado, 2008, pp. 307-336.
- SANCHEZ-VENTURA MORER, I., «La hipoteca inversa diez años después: razones que explican su escasa contratación», *Revista de Derecho Privado*, 2019, pp. 97-120.
- *La hipoteca inversa en el Derecho español*, Ed. Aranzadi, 2013.
- SERRANO DE NICOLAS, A., «Régimen jurídico de la hipoteca inversa», *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2008, pp. 33-6.
- «La hipoteca inversa». En: *La defensa jurídica de las personas vulnerables*: seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio-agosto de 2007 / Manuel Angel Martínez García (dir.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2008, pp. 327-362.
- TORAL LARA, E., «Hipoteca inversa o contrato de renta vitalicia, una alternativa viable», *Actualidad Civil*, (16), 16-31 septiembre 2009, pp. 1861-1879.
- VANO VANO, M. J., «Aproximación al régimen jurídico de la hipoteca inversa». En: *Estudios de Derecho del mercado financiero: homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo* / Francisco González Castilla (coord.)... [et al.]; Juan Batailler Grau... [et al.], València: Universitat de València, 2010, pp. 579-591.

## B. Vivienda habitual y crédito inmobiliario. Otras formas de garantía

**Beatriz Sáenz de Jubera Higuero**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil  
(acreditada a Profesora Titular de Universidad)*

*Universidad de La Rioja*

*beatriz.saenz-jubera@unirioja.es*

**Resumen:** *En este trabajo se analizan dos figuras que actúan con función de garantía del vendedor en el caso de venta de la vivienda habitual con aplazamiento del pago del precio: la reserva de dominio y la condición resolutoria explícita ex artículo 1504 CC. Se atiende a los principales aspectos controvertidos, fundamentalmente vinculados a la eficacia de estas garantías frente a terceros (adquirentes del bien o acreedores de alguna de las partes) y los efectos que el pago o impago del precio aplazado tiene en la posición jurídica de cada una de las partes y terceros, tanto en el ámbito registral como extrarregistral.*

**Palabras clave:** *Condición resolutoria. Crédito inmobiliario. Garantía. Reserva de dominio.*

**Abstract:** *This paper analyses two figures that act as a guarantee for the seller in the case of the sale of the habitual residence with deferred payment*



*of the price: the reservation of title and the explicit resolutive condition ex artículo 1504 CC. The main controversial aspects are dealt with, fundamentally linked to the effectiveness of these guarantees with respect to third parties (purchasers of the property or creditors of one of the parties) and the effects that the payment or non-payment of the deferred price has on the legal position of each of the parties and third parties, both in the registry and extra-registry sphere.*

**Keywords:** *Resolutive condition. Real estate credit. Guarantee. Reservation of title.*

**Sumario:** 1. Otras formas de garantía inmobiliaria no hipotecaria. 2. La reserva de dominio en la compraventa de vivienda habitual con aplazamiento del pago del precio: 2.1 El pacto de reserva de dominio como garantía del cumplimiento de la obligación de pago del precio. 2.2 La inscripción de la reserva de dominio. 2.3 Facultades de disposición del comprador y del vendedor sujetos a ese pacto de reserva de dominio y estando pendiente el pago del precio aplazado. 2.4 Embargo de la vivienda por deudas del comprador o vendedor estando pendiente el pago del precio aplazado. 2.5 Destrucción y daños en la vivienda estando pendiente el pago del precio aplazado: asunción de riesgos. 2.6 Efectos del pago e impago por el comprador del precio aplazado. 3. La condición resolutoria explícita del artículo 1504 CC en la venta de vivienda habitual con pago aplazado del precio: 3.1 La condición resolutoria explícita como garantía de la obligación de pago del precio aplazado. 3.2 El Registro de la Propiedad y la venta de vivienda habitual con condición resolutoria explícita. 3.3 Transmisión por el comprador de la propiedad de la vivienda adquirida con aplazamiento del pago del precio pendiente la condición resolutoria explícita. 3.4 Embargo de la vivienda adquirida con aplazamiento del pago del precio por deudas del comprador estando pendiente la condición resolutoria explícita. 3.5 Impago del precio aplazado: efectos sobre el contrato, sobre la propiedad de la vivienda y respecto a terceros: 3.5.1 Requisitos para la aplicación de la condición resolutoria explícita: el requerimiento-notificación al comprador *ex* artículo 1504 CC. 3.5.2 Eficacia retroactiva de la resolución: reinscripción; consignación y cláusula penal; y efectos sobre asientos registrales posteriores y terceros. 3.6 Cancelación registral de la condición resolutoria explícita por caducidad. Bibliografía.

## 1. OTRAS FORMAS DE GARANTÍA INMOBILIARIA NO HIPOTECARIA

En el tráfico jurídico el crédito hipotecario es, sin duda, el principal mecanismo financiador de la adquisición de la vivienda habitual y cualquier otro inmueble hoy en día en España. La detallada regulación existente al

respecto y la seguridad jurídica brindada por todo un sistema registral que lo acompaña en virtud de la inscripción constitutiva de la hipoteca le ha dotado de un protagonismo casi absoluto en la práctica en el marco del crédito inmobiliario.

Junto con el crédito hipotecario existen otras posibilidades de garantía para el acreedor: una algo más habitual e incluso frecuente de forma simultánea a la hipoteca, que es la garantía personal del aval o fianza (que si se constituye solidariamente supone una mayor garantía de cobro del crédito personal); y otras menos habituales en el ámbito inmobiliario y de adquisición de la vivienda habitual, pero que también pueden encontrar su hueco especialmente en tiempos como los actuales en los que el crédito bancario (principal objeto de la garantía hipotecaria) puede ir restringiéndose ante las subidas de tipos de interés o la exigencia de mayores condiciones para su concesión; me refiero en este último caso fundamentalmente a dos modalidades de garantía vinculadas a un crédito inmobiliario materializado bajo la forma de compraventa con pago de precio aplazado pactado así con el vendedor, como son la reserva de dominio y la condición resolutoria explícita o expresa *ex* artículo 1504 CC.

Sin duda el pactar un aplazamiento del pago del precio en una o varias cuotas o plazos supone una forma de financiación de ese pago al comprador con cargo al vendedor, que no verá satisfecho su interés de obtener el precio total en un solo acto. En estos casos existe un claro riesgo de impago del comprador, cuyas consecuencias pueden ser más relevantes en caso de que la entrega del bien al comprador ya se haya hecho efectiva en el mismo momento de celebración del contrato; y mayor riesgo y trascendencia aún tiene tal situación si esa venta lo es de un bien inmueble y, concretamente, la que será la vivienda habitual del comprador.

De ahí la importancia para el vendedor de prever unas garantías de ese pago; garantías que, al margen de la hipoteca (ya analizada en detalle en anteriores capítulos de esta obra) o del aval o fianza (que realmente no cuenta con ninguna especialidad en su régimen y aplicación en los casos de vivienda habitual), pasan fundamentalmente en estos casos de pago aplazado por incluir un pacto de reserva de dominio o una condición resolutoria explícita. Por ello en este trabajo me centraré en estas figuras dada la virtualidad práctica de las mismas y los efectos de su constitución y ejecución en torno a las posiciones jurídicas del vendedor y del comprador de una vivienda habitual, e incluso en sus relaciones con terceros (como los acreedores de uno u otro).

Aunque ambas tienen una finalidad de garantía del pago del precio aplazado (protegiendo los derechos del vendedor a este respecto) y, una vez producido el impago del precio, en ambos casos tiene lugar la resolución contractual de la compraventa con devolución recíproca de las pres-

taciones recibidas, los efectos jurídicos que una y otra figura producen son distintos mientras esté pendiente de cumplimiento la condición de pago a la que se sujetan (de forma suspensiva o resolutoria), como se detallará a continuación<sup>(1)</sup>.

A este respecto se enfocará el análisis y estudio de estas garantías con una finalidad eminentemente práctica sobre las posiciones jurídicas del comprador y del vendedor, la eficacia transmisiva de la propiedad de ese contrato de compraventa con tales garantías, los efectos registrales, posibles embargos del bien y ejercicio de tercerías de dominio y las consecuencias del pago o impago por el comprador del precio aplazado.

## 2. LA RESERVA DE DOMINIO EN LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA HABITUAL CON APLAZAMIENTO DEL PAGO DEL PRECIO

### 2.1 El pacto de reserva de dominio como garantía del cumplimiento de la obligación de pago del precio

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito mobiliario, la venta con pacto de reserva de dominio no cuenta con una regulación expresa y clara en el caso de los bienes inmuebles. Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia, así como la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante, DGSJFP), antes Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), afirman desde hace muchos años ya su plena validez en este ámbito inmobiliario al amparo del artículo 1255 CC y la autonomía de la voluntad privada (entre otras, SSTs de 11 de julio de 1983, 16 de febrero de 1984, 12 de marzo de 1993, 16 de julio de 1993, 23 de febrero de 1995, 20 de julio de 2000, 21 de marzo de 2003, 16 de marzo de 2007 y 24 de julio de 2012), así como su inscribibilidad al amparo de lo previsto en los artículos 9.c) y 23 LH y 51.6.º RH y atendiendo a la trascendencia de sus efectos en la titularidad dominical y las facultades jurídico reales de los sujetos intervinientes (entre otras, SSTs de 16 de marzo de 2007 y 24 de julio de 2012 y RRDGRN de 12 de mayo de 2010, 4 de diciembre de 2010, 28 de noviembre de 2017 y 25 de abril de 2019)<sup>(2)</sup>.

(1) *Vid.*, entre otras, RRDGRN de 28 de diciembre de 2017 y 4 de diciembre de 2010.

(2) Con respecto a la doctrina, *vid.*, entre otros, MONTÁNCHEZ RAMOS, M., 2006, pp. 42 ss.; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., RADP, pp. 326 ss.; ARCOS VIEIRA, M. L., 2013, pp. 620-621; y ZUMAQUERO GIL, L., 2020, p. 389.

Este pacto supone básicamente, y sin ánimo de profundizar en la tradicional discusión sobre su naturaleza jurídica<sup>(3)</sup>, la suspensión en el tiempo de los efectos transmisivos de la propiedad del bien al comprador hasta que éste abone la totalidad del precio en el plazo o plazos indicados (en este sentido, la fijación del plazo es esencial). No se condiciona el contrato de compraventa ni su contenido, sino que se supeditan solo los efectos transmisivos del dominio a un pago posterior en el plazo o plazos fijados y ello con una función o fin de garantía (*vid.* STS de 24 de julio de 2012)<sup>(4)</sup>. El contrato de compraventa se ha perfeccionado y las partes pueden exigirse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo; pero no se ha consumado plenamente la compraventa en cuanto a la transmisión de la propiedad al comprador, que a tales efectos queda «condicionada» suspensivamente al efectivo pago del total precio dentro del o los plazos pactados (entre otras, SSTS de 12 de marzo de 1993 y 24 de julio de 2012 y RDGRN de 28 de noviembre de 2017).

Como garantía del cobro de ese precio aplazado, hasta que éste tenga lugar en su totalidad, el vendedor retiene la propiedad del bien. No obstante, lo habitual es que en ese momento sí se entregue al comprador la posesión de dicho bien, máxime cuando se trata de un inmueble que va a ser su vivienda habitual y teniendo en cuenta los altos importes en los que consistirá el precio y que probablemente los plazos de pago se dilatarán bastante en el tiempo.

En esta situación provisional en tanto no se produzca el pago del precio aplazado, cabe afirmar que se produce una coexistencia de derechos con trascendencia real por parte de vendedor y comprador sobre ese mismo bien inmueble; coexistencia que implica limitaciones recíprocas entre ellos en cuanto a que determinará las posibilidades de actuación de cada uno, tal y como se analizará a continuación. Y ello en la medida que ni uno ni otro tendrán la plena disponibilidad de la propiedad de ese bien, sino solo de su propia posición jurídica: i) el vendedor ostenta la titularidad actual pero interina de un derecho de propiedad que actúa como mera garantía de cobro del precio y que puede resolverse *ipso iure* si se paga el precio aplazado o que puede recuperarse de modo pleno si se

---

(3) A este respecto, cfr., entre otros, MIGUEL GONZÁLEZ, J. M., 2012, pp. 169 ss.; MONTÁNCHEZ RAMOS, M., 2006, pp. 127 ss.; RODRÍGUEZ-ROSADO, B., ADC, pp. 493 ss.; SANCHO MARTÍNEZ, L., 2023, pp. 46 ss.; ARCOS VIEIRA, M. L., 2013, pp. 616 ss.; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., RADP, pp. 326 ss. y de este mismo autor, 2006, pp. 55 ss. Asimismo, *vid.* RRDGRN de 12 de mayo de 2010 y 28 de noviembre de 2017.

(4) Conforme se advierte en la STS de 24 julio de 2012 el habitual uso de la expresión «condición» en este caso es equívoca: «El llamado pacto de reserva de dominio [...] en realidad no se trata de una condición que afecte al contenido total del contrato de compraventa, pues las partes no quieren condicionarlo sino que, con finalidad de garantía, supeditan la plenitud del efecto transmissivo al momento en que se complete el pago del precio».

produce el impago, por lo que es un derecho que se encuentra limitado por la posición jurídica del comprador; y ii) por su parte, el comprador tiene un derecho expectante<sup>(5)</sup> con cierta eficacia jurídico real protegible, determinada por la firme expectativa de que efectivamente esa situación se tornará en plena titularidad del dominio, que se obtendrá *ipso iure* (sin necesidad de ulteriores consentimientos ni declaraciones) si se abona la totalidad del precio aplazado<sup>(6)</sup>.

## 2.2 La inscripción de la reserva de dominio

Con carácter general la reserva de dominio se incorporará al contrato de compraventa como una cláusula del mismo reflejando tal pacto<sup>(7)</sup>. Pero la publicidad registral de la transmisión pretendida con ese contrato de compraventa no es obligatoria ni tampoco es, por tanto, ni obligatoria ni constitutiva la inscripción de la reserva de dominio. Pero lo más frecuente en la práctica, tratándose de la venta de una vivienda habitual, es que sí se haga constar en el Registro de la Propiedad.

Ahora bien, dicha inscripción resulta relevante y oportuna si se quiere dar publicidad a su existencia dados los efectos jurídico reales que tal pacto de reserva determina sobre las efectivas facultades dispositivas de comprador y vendedor (limitadas objetivamente a su concreta posición jurídica en ese bien) y el ámbito de su responsabilidad patrimonial frente a terceros respecto de ese bien (igualmente limitado a la posición jurídica que ostentan cada uno sobre el mismo): RDGRN de 28 de noviembre de 2017. Para ambas partes la inscripción de la reserva de dominio puede resultar importante, avisando a terceros de la real situación existente y de la posición jurídica que cada uno de ellos tiene respecto del bien estando pendiente la reserva, lo que, como se acaba de indicar, tendrá sus efectos en el marco de posibles transmisiones del bien a terceros o posibles embargos por acreedores de una u otra parte, con ejercicio de tercería de dominio llegado el caso, tal y como se detallará en apartados siguientes.

---

(5) Sobre la situación expectante del derecho del comprador *vid.*, entre otros, ZUMAQUERO GIL, L., 2020, pp. 383 ss. Cfr. SANCHO MARTÍNEZ, L., 2023, pp. 376 ss. Como derecho expectante también es reconocido y calificado el derecho del comprador por la RDGRN de 28 de noviembre de 2017 y por el Tribunal Supremo, ya en su sentencia de 12 de marzo de 1993.

(6) *Vid.*, entre otros, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., RADP, pp. 329 ss.; y ZUMAQUERO GIL, L., 2020, pp. 384 ss., quien califica las titularidades de vendedor y comprador en esta situación transitoria como titularidad interina y titularidad preventiva, respectivamente. Asimismo, *vid.* RRDGRN de 4 de diciembre de 2010, 28 de noviembre de 2017 y 25 de abril de 2019 y la STS de 16 de marzo de 2007, entre otras.

(7) También es posible que se haga como un acuerdo independiente, pero vinculado a ese contrato de compraventa en la medida que le afecta.



La oportunidad y viabilidad de su publicidad registral viene afirmada por nuestro Alto Tribunal y la DGRN desde hace años (así, entre otras, SSTS de 12 de marzo de 1993, 16 de marzo de 2007 y 24 de julio de 2012 y RRDGRN de 4 de diciembre de 2010, 28 de noviembre de 2017 y 25 de abril de 2019), amparada fundamentalmente en el artículo 23 LH. Como señala la STS de 24 de julio de 2012: «El llamado pacto de reserva de dominio se nos presenta como uno de los diferentes actos de trascendencia real que el Registro de la Propiedad publica (art. 23 Ley Hipotecaria), con los importantes efectos que ello conlleva»<sup>(8)</sup>.

Además, la publicidad registral de esta reserva de dominio evitará la protección de terceros adquirentes del bien *ex* artículo 34 LH por falta de buena fe de ese tercero y porque no podría adquirir la plena propiedad a la vista del contenido del Registro de la Propiedad y de la titularidad registral efectivamente publicada respecto a su transmitente.

Así pues, la publicidad registral se torna como el mecanismo más eficaz para consolidar el uso de esta figura como garantía y evitar la mayoría de los supuestos litigiosos que se producen en torno a ella<sup>(9)</sup>.

### 2.3 Facultades de disposición del comprador y del vendedor sujetos a ese pacto de reserva de dominio y estando pendiente el pago del precio aplazado

A este respecto, debe atenderse en este caso a una máxima por todos reconocida cual es que uno no puede transmitir aquello que no tiene; y esto tiene su reflejo también en estos casos de reserva de dominio (*Vid.*, entre otras las SSTS de 19 de mayo de 1989, 16 de julio de 1993, 16 de marzo de 2007 y 24 de julio de 2012)<sup>(10)</sup>. De forma que, si llegado el momento decae el derecho expectante del transmitente, también decaerá el derecho de ese tercero.

El comprador no podrá transmitir a terceros la propiedad de la vivienda adquirida con reserva de dominio en la medida que, estando pendiente el pago del precio, aún no ha adquirido su propiedad. Ahora bien, sí que cuenta con una posición jurídica con trascendencia real protegible por el Derecho, también frente a terceros, una vez inscrita; y tal posición

---

(8) Entre otros, *vid.* MONTÁNCHEZ RAMOS, M., 2006, pp. 77 ss.

(9) Como señala MONTÁNCHEZ RAMOS, *lege ferenda* sería deseable a este respecto la previsión de la inscripción de la reserva de dominio como constitutiva (MONTÁNCHEZ RAMOS, M., 2006, p. 142).

(10) Asimismo, *Vid.* ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., RADP, p. 332 y de este mismo autor, 2006, pp. 221 ss.; LEGERÉN-MOLINA, A., RCDI, pp. 277 ss.; EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., 2013, p. 613; y MONTÁNCHEZ RAMOS, M., 2006, pp. 93 ss.

jurídica puede ser objeto de transmisión y ser defendida al amparo de los artículos 1112 y 1121 CC, tal y como advierte la STS de 26 de marzo de 2007 (FJ 3.º). La transmisión que efectúe el comprador a terceros solo podrá limitarse a lo que efectivamente él tiene, que es un derecho en expectativa, que se convertirá en plena propiedad solo en el caso de que se abone el precio total de venta<sup>(11)</sup>. La transmisión en todo caso únicamente será de aquello que tiene el comprador en ese momento, de modo que el tercero adquirirá la posibilidad de obtener la plena propiedad de la vivienda solo en el caso de que se pague la totalidad del precio; precio que nada obsta precisamente a que sea abonado por ese tercero en el marco de la relación convenida con el comprador inicial (*vid.*, entre otras, RRDGRN de 28 de noviembre de 2017 y de 12 de mayo de 2010 y STS de 16 de marzo de 2007).

En la medida que la reserva de dominio esté inscrita, como tal ese tercero no podrá estar protegido por el artículo 34 LH pues la posición jurídica transmisible esta publicitada y delimitada a ese respecto.

Ahora bien, en este caso lo cierto es que, aun no estando inscrita tal situación, tampoco surgiría la figura del tercero hipotecario pues el comprador no aparecerá como titular registral (en cambio el vendedor tal vez sí aparezca bajo ese concepto) por lo que ese tercero no cumplirá con el requisito exigido para ser protegido por el artículo 34 LH de adquirir de un titular registral. En tal caso, de hacerse efectiva la reserva de dominio por impago del precio aplazado, el comprador no podrá transmitir realmente la propiedad de la vivienda al tercero y deberá devolver la posesión al vendedor inicial, como se detallará más adelante; y la situación de ese tercero de buena fe (por desconocer la existencia de esa reserva) pero no protegido por el artículo 34 LH deberá solucionarse por las reglas aplicables al incumplimiento contractual o del saneamiento por evicción en su caso (art. 1475 CC), pero ya en el marco de su concreta relación con su vendedor (el comprador inicial con la reserva de dominio desconocida por ese tercero); incluso se ha puesto la atención en las normas sobre venta de cosa ajena y sobre la doble venta como reglas a poder tener en cuenta en estos casos<sup>(12)</sup>. Si se hubiera pagado el precio aplazado, entonces, con independencia de la falta de inscripción de la reserva, el resultado sería el mismo que de estar inscrita: el tercero podrá adquirir la plena propiedad, pues lo que realmente era solo una expectativa se torna realidad por ese pago.

(11) *Vid.*, ZUMAQUERO GIL, L., 2020, pp. 398-400.

(12) Incluso, según indica Rodríguez-Rosado, podría plantearse una usucapión de la propiedad del bien por ese tercero si se cumplen los requisitos para ello: *vid.* RODRÍGUEZ-ROSADO, B., ADC, pp. 541-542; ARCOS VIEIRA, M. L., 2013, pp. 619 y ss; SSTs de 18 de septiembre de 1996 y 14 de octubre de 2003 que vendrían a confirmar tal posibilidad.

Por lo que se refiere al vendedor, éste, aun reteniendo la propiedad de la vivienda hasta el total pago del precio de la compra, no podría disponer sin más de ese derecho pleno, pues, como tal, su posición jurídico real se encuentra limitada por la posición jurídica del comprador (RDGRN de 25 de abril de 2019). Pero, aparte de transmitir su derecho de crédito contra el comprador para cobrar el precio aplazado pendiente de pago, en lo que al bien respecta nada obsta a que si quiere el vendedor sí podría transmitir su concreta posición jurídica: es decir, un derecho real de propiedad condicionado<sup>(13)</sup> que puede extinguirse si el comprador abona la totalidad del precio aplazado, o que puede volver a ser pleno de verificarse el impago, pudiendo recuperar la posesión del bien; por tanto, podría transmitir una expectativa a recuperar la propiedad plena con su posesión<sup>(14)</sup>. Ahora bien, en la práctica esa transmisión a tercero solo sería interesante en caso de que el comprador ya esté incumpliendo los plazos de pago previstos y, por tanto, pueda preverse con bastante probabilidad que al final ese tercero sí que adquirirá la vivienda; si el comprador estuviera cumpliendo con los plazos previstos y pagando regularmente, cabe pensar que razonablemente eso seguiría así hasta el final y, por lo tanto, ningún tercero estaría interesado en contratar con el vendedor para adquirir un derecho «expectante» que después no se materializará en ninguna adquisición real porque la primera venta se consumó definitivamente al abonarse todo el precio por el comprador<sup>(15)</sup>.

Como ya se ha indicado antes, el hecho de que la reserva de dominio se encuentre inscrita y goce de publicidad registral evitaría el surgimiento de terceros protegidos por el artículo 34 LH.

Pero si no hubiera inscripción de la venta ni, por ello, de la reserva de dominio hecha, si el vendedor fuera titular registral y celebrara una venta con un tercero, en principio podría plantearse la protección de ese tercero por el artículo 34 LH y en tal caso el comprador se encontraría después en una situación difícil para obtener la propiedad efectiva del bien pese al pago total del precio aplazado; ahora bien, en este caso cabría discutir la buena fe del tercero (y con ello el poder ser protegido por el artículo 34 LH) habida cuenta de la apariencia de titularidad del comprador derivada de la posesión en concepto de dueño<sup>(16)</sup>.

Efectuada la venta de la vivienda por el vendedor, sin que conste inscripción, desconociendo el tercero la existencia de la reserva y sin

---

(13) La propiedad del vendedor se encuentra sujeta en este caso a una condición resolutoria si el precio se paga totalmente. *Vid.* RDGRN de 25 de abril de 2019.

(14) Entre otros, *vid.* MONTÁNCHEZ RAMOS, M., 2006, p. 125.

(15) *Vid.* ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., RADP, pp. 331-332.

(16) *Vid.*, entre otros, RODRÍGUEZ-ROSADO, B., ADC, p. 541; y ARCOS VIEIRA, M. L., 2013, p. 619, quien califica como condicional a esa posesión en concepto de dueño.

estar protegido por el artículo 34 LH, en tal caso, si el comprador no paga el precio aplazado, esa expectativa de plena propiedad que es lo que adquirió ese tercero se podrá tornar en efectiva propiedad al poder resolverse la venta inicial y poder transmitirse la propiedad de la vivienda a ese tercero de modo eficaz y pleno. Pero si el comprador abona el precio en los plazos convenidos, en tal caso la propiedad del vendedor se resolvería y realmente el vendedor no podrá entregar ni transmitir nada a ese tercero, a quien a lo sumo le quedará acudir a las reglas generales sobre incumplimiento contractual y, en su caso, al saneamiento por evicción<sup>(17)</sup>.

## 2.4 Embargo de la vivienda por deudas del comprador o vendedor estando pendiente el pago del precio aplazado

Situación directamente relacionada con la anterior es la posibilidad de trabar embargos sobre la vivienda habitual por deudas del comprador o del vendedor.

A este respecto, cabe recordar que los embargos suponen una traba de bienes que deben ser propiedad del deudor de los créditos que son la causa de esos embargos; de no ser el deudor el propietario, quien afirme ostentar realmente esa titularidad podría ejercitar una tercería de dominio con el fin de levantar esa traba y liberar el bien. Asimismo, debe tenerse en cuenta, que tratándose de vivienda habitual, la regulación protectora de esa especial circunstancia viene a determinar en distintos ámbitos reglas particulares en orden a que la traba de la vivienda habitual solo pueda hacerse como último recurso en caso de imposibilidad de acudir a otros bienes del deudor, o requisitos estrictos de impago para poder proceder contra la vivienda habitual de modo forzoso<sup>(18)</sup>. En este trabajo por razones de espacio no me detendré en esas especiales circunstancias que pueden dificultar el embargo de la vivienda habitual, sino al objeto de embargo en el caso de producirse este, teniendo en cuenta la reserva de dominio existente y las posibles actuaciones de la parte no deudora para defender su posición jurídica respecto a esa vivienda embargada.

---

(17) A este respecto, ARCOS VIEIRA afirma que cabría plantearse la situación de venta a un tercero de buena fe como un supuesto de doble venta *ex* artículo 1473 CC; y conforme indica RODRÍGUEZ-ROSADO, especialmente en los supuestos de falta de inmatriculación de la finca, en tal caso, no existiendo inscripción ni de comprador ni del tercero, el criterio de la primera posesión de buena fe previsto en el artículo 1473 CC se acogería como criterio determinante y, en tal caso, es el comprador inicial quien se vería protegido con preferencia al tercero: *vid.* RODRÍGUEZ-ROSADO, B., ADC, p. 542; y ARCOS VIEIRA, M. L., 2013, p. 619.

(18) Así: normativa sobre segunda oportunidad, sobre crédito inmobiliario y protección de deudores hipotecarios, sobre ejecución de deudas de Seguridad Social o con Hacienda...

Al igual que se ha señalado antes respecto de la transmisión o venta del bien, en este caso los embargos para que pudieran hacerse efectivos solo podrían recaer sobre lo que realmente tiene el deudor en cada caso: i) por parte del vendedor un derecho de crédito a cobrar el precio aplazado pendiente de pago y/o, centrándonos en el bien, un derecho de propiedad condicionada y de posible extinción o en expectativa de nueva consolidación según se abone o no por el comprador la totalidad del precio pendiente; ii) y, en caso del comprador, un derecho en expectativa de obtener la propiedad plena de la vivienda si se abona la totalidad del precio aplazado<sup>(19)</sup>.

Si la reserva de dominio está inscrita, no habrá problemas en que efectivamente el embargo anotado sobre el bien se ajuste al ámbito concreto del derecho o posición jurídica que el deudor (vendedor o comprador) tenga sobre ese bien.

Pero si la reserva de dominio no está inscrita, en tal caso es posible que se efectúe un embargo del bien excediéndose de la posición jurídica que realmente ostenta el deudor. De ahí que se plantee el ejercicio de tercerías de dominio respectivamente por vendedor o comprador ante embargos efectuados sobre la vivienda por deudas de la contraparte; tercerías que se reconoce que pueden ejercitar al amparo de los artículos 1112, 1120 y 1121 CC.

El ejercicio de la tercería de dominio por el vendedor en estos casos de existencia de reserva de dominio no se ha puesto en duda: así, entre otras, SSTs de 27 de mayo de 2008, de 6 de junio de 2008 y de 1 de marzo de 2017, además de las resoluciones en ellas citadas. Fundamentalmente ello se basa en que esa reserva de dominio actúa en función de garantía y como tal debe preservar los derechos del vendedor ante el embargo o enajenación del bien, pues de lo contrario esa finalidad y voluntad de garantía causa de la reserva de dominio se vería frustrada<sup>(20)</sup>; incluso se ha afirmado que, aunque la titularidad registral del vendedor no constase, éste podría ejercitar la tercería y el acreedor embargante y anotante del embargo no se vería protegido<sup>(21)</sup>.

Sin embargo, con respecto al comprador inicialmente la jurisprudencia negaba que pudiera ejercitar la tercería de dominio ante embargos trabados por deudas del vendedor (por todas, SSTs de 11 de julio de 1983 y 30 de octubre de 1983). Pero tras la STS de 19 de mayo de 1989 su

(19) *Vid.*, entre otros, MONTÁNCHEZ RAMOS, M., 2006, pp. 125-126; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., RADP, p. 332; LEGERÉN-MOLINA, A., RCDI, p. 278; y ZUMAQUERO GIL, L., 2020, pp. 381 ss.

(20) *Vid.* RODRÍGUEZ-ROSADO, B., ADC, p. 537.

(21) Según afirma RODRÍGUEZ-ROSADO esto vendría justificado porque «la anotación preventiva de embargo es un asiento con eficacia meramente negativa, es decir, de inoponibilidad y no de fe pública» (RODRÍGUEZ-ROSADO, B., ADC, pp. 537-538). Cfr. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., 2006, pp. 170 ss.

admisibilidad ya está unánimemente aceptada entre la jurisprudencia y la doctrina, basándose en los artículos 1112, 1120 y 1121 CC y atendiendo a la ya comentada posición jurídico real que ostenta el comprador por el hecho de la entrega y posesión del bien y por reconocérsele un derecho expectante que debe ser protegido frente a terceros (incluidos los deudores del vendedor)<sup>(22)</sup>. Incluso se ha admitido esa tercería de dominio aunque la compraventa o la reserva de dominio (o ambas) no estuviera inscrita, en tanto el comprador pruebe que la fecha de la venta es anterior al embargo<sup>(23)</sup>.

Respecto al alcance a dar al levantamiento de ese embargo, ESPEJO LERDO DE TEJADA afirma que debiera tenerse en cuenta el grado de cumplimiento del comprador en cuanto al pago efectivamente ya hecho del precio en los plazos previstos, de manera que el levantamiento del embargo será total si se pagó todo (lógico, en la medida que entonces la propiedad del vendedor se extingue por consolidarse *ipso iure* tal derecho bajo la titularidad del comprador, como detallaré a continuación), mientras que si aún quedan plazos por cumplir no podrá levantarse el embargo aunque sí circunscribirlo y limitarlo únicamente a la concreta posición y titularidad dominical de garantía que ostenta el vendedor (por tanto, siguiendo la misma regla que se ha indicado reiteradamente en este trabajo de que solo se podrá disponer de aquello que realmente se tiene).

Por último, dentro de este apartado cabe atender a los efectos que el pago o no del precio aplazado tiene sobre esos embargos:

a) Si el comprador ha abonado parte del precio, podría levantarse parcialmente el embargo efectuado, ya sea por deudas del comprador o del vendedor, tras el planteamiento de la tercería de dominio por la parte contraria, a fin de que se circunscribiera el embargo exactamente a la posición jurídica que ostenta el deudor en relación con ese bien y atendiendo a la función de garantía que cumple la reserva de dominio<sup>(24)</sup>.

---

(22) Entre otras, *Vid.*, SSTs de 19 de mayo de 1989, 12 de marzo de 1993, 16 de julio de 1993, 22 de febrero de 1995, 7 de octubre de 1995, 3 de julio de 1996, 21 de marzo de 2003, 16 de marzo de 2007 y 25 de junio de 2007. Asimismo, cfr., entre otros, MONTÁNCHEZ RAMOS, M., 2006, pp. 122-124; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., RADP, pp. 332-333; y ZUMAQUERO GIL, L., 2020, pp. 392 ss.

(23) *Vid.* LEGERÉN-MOLINA, A., RCDI, p. 281 y notas 84 y 88; RODRÍGUEZ-ROSADO, B., ADC, pp. 538-539; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., 2006, pp. 170 ss.; y, entre otras, SSTs de 19 de mayo de 1989, 16 de julio de 1993, 23 de febrero de 1995, 3 de julio de 1996, 21 de marzo de 2003, 16 de marzo de 2007 y 25 de junio de 2007.

(24) En cuanto al alcance a dar al levantamiento del embargo, ESPEJO LERDO DE TEJADA afirma que debiera tenerse en cuenta el grado de cumplimiento del comprador respecto al pago efectivamente ya hecho del precio en los plazos previstos (ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., RADP, p. 333). Por su parte, LEGERÉN-MOLINA viene a defender que la situación del comprador y su derecho expectante a consolidar efectivamente una propiedad plena es más protegible si ese comprador está cumpliendo con su obligación de pago de modo reiterativo y oportunamente en los plazos previstos que en el caso

b) En caso de que el comprador abone todo el precio aplazado, como luego se detallará más, eso determina la consumación total de la venta con la adquisición plena de la propiedad por el comprador y la extinción de la reserva de dominio y de la titularidad dominical del vendedor; en tal caso el embargo trabado por deudas del vendedor debería levantarse totalmente (y si es en ese momento cuando se ejercita la tercería de dominio por el comprador, habiéndose abonado todo el precio, entonces dicha tercería vencería por completo). Si el embargo se hubiera efectuado por acreedores del comprador, entonces la traba se extenderá ya sí a la propiedad plena del bien (y no solo a ese derecho expectante del comprador, pues ya no es tal) <sup>(25)</sup>.

c) Si, por el contrario, el comprador no abona el precio en los plazos pactados, incumpliendo así su obligación, en tal caso se resolverá la venta y eso determinará que como tal se libere el bien del embargo realizado por deudas del comprador, pues éste ya no tiene ningún derecho sobre el bien que merezca protección en este ámbito dominical (venciendo la tercería de dominio ejercitada por el vendedor en caso de que precisamente el embargo se hubiera realizado habiéndose impagado el precio y resuelto ya la venta); pero se verá sustituido el objeto del embargo por el crédito del comprador sobre la devolución de las cantidades percibidas por el vendedor en esa venta tras su resolución, o sobre las cantidades mismas cuando se abonen. Por lo que se refiere al embargo hecho por los acreedores del vendedor, la resolución de la venta determinará la consolidación de la titularidad dominical plena del vendedor, de modo que ese embargo se extenderá en este caso a la actual posición jurídica del vendedor, ya plena y no condicionada o limitada en función o finalidad de garantía <sup>(26)</sup>.

## 2.5 Destrucción y daños en la vivienda estando pendiente el pago del precio aplazado: asunción de riesgos

Con base en esa especial posición jurídica de ambas partes respecto del bien, en la que se ha incidido durante todo este trabajo, aunque es cierto que el vendedor tiene aún la propiedad del bien y como tal le incumbe el deber de conservación del mismo, debe tenerse en cuenta que esa titularidad del vendedor lo es en función de garantía y que el comprador tiene la posesión plena, el uso y el disfrute de la vivienda.

---

del comprador que simplemente ha abonado un primer pago pero le quedan aún muchos plazos que cumplir (LEGERÉN-MOLINA, A., RCDI, pp. 277-280).

(25) *Vid.* RODRÍGUEZ-ROSADO, B., ADC, p. 538.

(26) *Vid.* RODRÍGUEZ-ROSADO, B., ADC, p. 538.



Esto ha llevado a afirmar mayoritariamente que el riesgo por los daños y pérdida que sufra el bien en estos casos de venta con reserva de dominio lo debe soportar el comprador, por su proximidad directa e inmediata con el bien y por su posición expectante con trascendencia jurídico real determinada además porque la conversión de esa expectativa en titularidad dominical plena depende de su propia conducta en relación con el pago del precio<sup>(27)</sup>. Ello al margen, por supuesto, de las acciones que puedan reconocérsele contra el responsable efectivo de esos daños por acción u omisión.

Cuestión que merece atención, por otro lado, es qué sucede con respecto a los daños que sufra el bien cuando se ha producido el impago del precio aplazado y el vendedor hace efectiva la reserva de dominio en tanto no se le entrega por el comprador la posesión del bien. En este caso, siguiendo a RIVERA FERNÁNDEZ cabe considerar aplicables las normas generales sobre liquidación de los estados posesorios y concretamente lo previsto en el artículo 457 CC<sup>(28)</sup>.

## 2.6 Efectos del pago e impago por el comprador del precio aplazado

En el caso de que el comprador abone la totalidad del precio aplazado este adquirirá automáticamente *ipso iure* (sin necesidad de nuevos consentimientos o declaraciones) la plena propiedad del bien. Y correlativamente tendrá lugar la extinción *ipso iure* de la titularidad dominical del vendedor.

Si por el contrario el comprador no cumple con su obligación de pagar el precio en los plazos acordados, entonces el vendedor podrá hacer valer esa reserva de dominio, resolver la venta y ejercitar la acción reivindicatoria (judicial o extrajudicialmente) para así recuperar la posesión de la vivienda. En este caso la reserva de dominio no se ejecutará *ipso iure* retornando automáticamente la propiedad plena del bien a la titularidad del vendedor y recuperando su posesión: resulta necesario instar la resolución de la compraventa (judicial o extrajudicialmente) dada la situación

---

(27) Entre otros, *vid.* MONTÁNCHEZ RAMOS, M., 2006, pp. 107-109; RIVERA FERNÁNDEZ, M., 1993, pp. 75 ss.; y GALICIA AIZPURUA, G., 2014, pp. 135 ss. Según señala este último autor: «En puridad, el único motivo que realmente justifica la imposición del *periculum obligationis* al comprador sometido al pacto en análisis es la *función de mera garantía que corresponde a la propiedad que se ha reservado el vendedor*, pues tal función “no autoriza a atribuirle unos riesgos que no pueden considerarse incluidos” en ella. Es, dicho de otro modo, el carácter *vacío o formal* de la titularidad que retiene el enajenante lo que explica y sirve de fundamento a la solución» (GALICIA AIZPURUA, G., 2014, pp. 141-142).

(28) MONTÁNCHEZ RAMOS, M., 2006, pp. 107-109; RIVERA FERNÁNDEZ, M., 1993, p. 77. Comparte esta solución MONTÁNCHEZ RAMOS, M., 2006, p. 109.



posesoria legítima existente a favor del comprador y con el fin, además, de que se produzcan los efectos propios de tal resolución con carácter retroactivo, consistentes fundamentalmente en la devolución de las prestaciones percibidas por cada una de las partes (cfr. artículo 1123 CC); en el marco de esa resolución y como consecuencia de ella es por lo que el vendedor podrá instar la recuperación de la vivienda y su posesión de forma legítima e inatacable<sup>(29)</sup>.

Desde el punto de vista registral, debe tenerse en cuenta lo indicado en el artículo 23 LH: «El cumplimiento de las condiciones suspensivas, resolutorias o rescisorias de los actos o contratos inscritos, se hará constar en el Registro, bien por medio de una nota marginal, si se consuma la adquisición del derecho, bien por una nueva inscripción a favor de quien corresponda, si la resolución o rescisión llega a verificarse».

Es preciso que los terceros que tuvieran derechos o cargas registrales sobre el bien que pudieran verse cancelados o afectados por esa situación de impago o pago y, por lo tanto, ejecución de la reserva de dominio o consolidación de la propiedad expectante, puedan conocer la situación o, en su caso, participar en el proceso de resolución para defender sus derechos (entre otras, RRDGRN de 4 de diciembre de 2010 y 28 de noviembre de 2017).

De modo que en caso de pago del comprador deberá hacerse constar tal circunstancia al determinar la consumación de la adquisición de la propiedad por el comprador; podrá hacerse valer frente a terceros en cuanto se haya inscrito.

Y en caso de que el comprador no cumpliera con su obligación, la resolución contractual por el impago y ejecución de la reserva de dominio afectará a terceros titulares de derechos sobre el bien que quedarían extinguidos por la resolución en cuanto que tal circunstancia se haya hecho constar en el Registro o hayan podido intervenir en el proceso de resolución para evitar la indefensión (entre otras, RRDGRN de 4 de diciembre de 2010 y 28 de noviembre de 2017).

A este respecto, y también en el marco registral, debe advertirse que para que se pueda proceder a la cancelación de la titularidad del comprador, la DGRN (actual DGSJFP) exige la consignación de todas las cantidades percibidas por el vendedor del comprador por esa venta (entre otras, RRDGRN de 4 de diciembre de 2010 y 28 de noviembre de 2017). Dicho Centro Directivo ha venido aplicando en estos casos de reserva de dominio de forma analógica lo previsto en el artículo 175.6.º RH para las condiciones resolutorias explícitas (que se analizarán a continuación en este

---

(29) Entre otros, *vid.* ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., 2006, pp. 162-163 y 168-169; RIVERA FERNÁNDEZ, M., 1993, p. 61; y GALICIA AIZPURUA, G., 2013, pp. 642-643.

trabajo) y, a los efectos de practicar esa cancelación registral, exige la consignación de la totalidad de las cantidades percibidas sin que el vendedor quede eximido de tal obligación por la existencia de una cláusula penal en el contrato que le permitiera en el caso del impago del precio quedarse con todas o parte de las cantidades abonadas por el comprador. De modo que a estos efectos registrales extrajudiciales no podrá realizarse ninguna compensación de cantidades por ello, sino que deberá consignarse la totalidad de lo percibido del comprador. Ello sin perjuicio de que el vendedor reclame al comprador las cantidades que entienda le correspondan por aplicación de esa cláusula penal, pudiendo tener lugar la corrección judicial conforme al artículo 1154 CC (entre otras, RRDGRN de 4 de diciembre de 2010 y 28 de noviembre de 2017) <sup>(30)</sup>.

### 3. LA CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPLÍCITA DEL ARTÍCULO 1504 CC EN LA VENTA DE VIVIENDA HABITUAL CON PAGO APLAZADO DEL PRECIO

#### 3.1 La condición resolutoria explícita como garantía de la obligación de pago del precio aplazado

Otra de las posibles garantías del crédito inmobiliario materializado en el aplazamiento del pago del precio de venta de un inmueble, en este caso, la vivienda habitual, es la inclusión de una condición resolutoria explícita en el contrato de venta, regulada en el artículo 1504 CC.

A diferencia del caso de la reserva de dominio antes analizada, con la condición resolutoria explícita la venta sí se ha perfeccionado y consumado al celebrarse el contrato, de modo que sí se ha transmitido la propiedad de la vivienda y el comprador es el nuevo propietario de la misma, si bien dicha propiedad quedaría resuelta en caso de incumplimiento de la obligación de pago del precio aplazado conforme a lo indicado en el artículo 1504 CC. De este modo, la condición se configura como una garantía del vendedor del cumplimiento efectivo de la obligación de pago del precio; si esta no se cumple, la venta queda resuelta y, como luego se detallará más, la vivienda volverá a ser de propiedad del vendedor <sup>(31)</sup>.

Esta condición resolutoria explícita o expresamente pactada no debe confundirse con la resolución contractual prevista (y considerada

(30) Sobre esta cuestión, *vid.*, entre otros, GARCÍA VICENTE, J. R., CCJC, pp. 100 ss.

(31) En cierto modo, y atendiendo a la categoría de derechos en expectativa que se comentó en el anterior apartado, podría decirse que el vendedor en este caso tendría un derecho expectante a la recuperación de la titularidad dominical del bien, en caso de impago del precio.

implícita) de modo general para todas las obligaciones recíprocas según el artículo 1124 CC ante el incumplimiento por una de las partes (cualquiera de ellas) de aquello a lo que se obliga por el contrato: *Vid.*, entre otras, la STS de 11 de mayo de 2021. Lo previsto y regulado en el artículo 1504 CC se refiere a una situación más especial y concreta cual es la venta de un bien inmueble con aplazamiento del pago del precio y ante el caso específico de incumplimiento de esa obligación de pago por el comprador (no con respecto a otras obligaciones derivadas del contrato de compraventa: entre otras, SSTS de 27 de septiembre de 2007, 11 de julio de 2008 y 6 de septiembre de 2010). Aunque por nuestra jurisprudencia se ha venido admitiendo en muchas ocasiones el carácter complementario de ambos preceptos (exigiéndose así que en el caso de la aplicación del artículo 1504 CC la resolución cumpla con los requisitos propios exigidos para el artículo 1124 CC)<sup>(32)</sup>, también matiza tal conclusión e incide en la especialidad del artículo 1504 CC, advirtiendo de algunas diferencias en su tratamiento y ejecución como se verá a continuación<sup>(33)</sup>.

### 3.2 El Registro de la Propiedad y la venta de vivienda habitual con condición resolutoria explícita

La venta de la vivienda habitual con condición resolutoria no tiene que realizarse obligatoriamente mediante escritura pública, salvo que quiera inscribirse y acceder al Registro de la Propiedad, en cuyo caso sí sería necesaria esa escritura pública. En la práctica, lo más frecuente es que sí que acceda al Registro.

De interesarse tal publicidad, en este caso debe tenerse en cuenta lo indicado en el artículo 11 LH, conforme al cual deberá hacerse constar en el título a inscribir la forma en que se hubiera hecho o convenido el pago del precio en metálico acordado; y, de expresarse el aplazamiento del pago, para que éste surta efectos en perjuicio de terceros, y al margen de

---

(32) Así: el incumplimiento de una de las partes, el cumplimiento por la otra parte de sus obligaciones contractuales y una voluntad o hecho definitivo obstativo al cumplimiento frustrándose el fin del contrato y las legítimas expectativas de la parte que insta la resolución, aunque, más que la voluntad rebelde al cumplimiento, para el caso de la resolución *ex* artículo 1504 CC se señala como presupuesto el hecho objetivo del incumplimiento. *Vid.*, entre otras, SSTS de 16 de mayo de 1993, 9 de julio de 1993, 21 de septiembre de 1993, 29 de abril de 1994, 6 de febrero de 1996, 20 de enero de 2000, 26 de febrero de 2001, 31 de mayo de 2002, 17 de marzo de 2011 y 15 de diciembre de 2011.

(33) Fundamentalmente diferencias referidas a la necesidad de requerimiento judicial o notarial para impedir el pago liberatorio del comprador; y la imposibilidad de que el Juez conceda una moratoria de pago. Sobre esta cuestión, *vid.*, entre otros, VAQUERO PINTO, M. J., 2013, pp. 1653 ss.

la constitución de la hipoteca, deberá darse expresamente a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita<sup>(34)</sup>.

Así pues, de hacerse constar en el Registro tal condición resolutoria, ésta será oponible a terceros y con ello tendrá cierta trascendencia real (que no significa que por ello mute su condición y se convierta en derecho real)<sup>(35)</sup>. Con la inscripción los terceros conocerán tal hecho y la propiedad del comprador aparecerá en tal caso sujeta al mismo, con las consecuencias que ello determinará en caso de impago del precio por el comprador y la aplicación de la resolución acordada con carácter retroactivo, y también en los supuestos de transmisión de la propiedad a terceros pendiente tal condición, e incluso de embargos del inmueble, como se analizará en posteriores apartados de este trabajo.

### 3.3 Transmisión por el comprador de la propiedad de la vivienda adquirida con aplazamiento del pago del precio pendiente la condición resolutoria explícita

Dado que la venta se ha perfeccionado y consumado en cuanto a la transmisión de la propiedad al comprador, éste tiene la facultad de transmitir a un tercero la propiedad de esa vivienda; ahora bien, la transmitirá sujeta a esa condición resolutoria que garantiza el pago del precio aplazado.

Si la venta inicial se hizo mediante escritura pública y se inscribió en el Registro de la Propiedad esa venta y la propiedad del comprador, entonces se haría constar también la condición resolutoria explícita, de modo que tendrá efectos o trascendencia real como se acaba de indicar y afectará al tercero adquirente; éste se verá afectado por ella en caso de que se haga efectiva por el impago del precio aplazado de esa primera venta, sin que pueda quedar protegido por el artículo 34 LH pues no puede alegar buena fe al existir esa publicidad registral (*vid.*, entre otras, RDGRN de 26 de noviembre de 2012 y RDGSJFP de 21 de febrero de 2023).

Y si la venta inicial se hizo en documento privado sin acceso al Registro y el tercero desconoce la existencia de esa condición resolutoria, tampoco quedará protegido por el artículo 34 LH en cuanto que su transmitente (el comprador inicial) no es titular registral. Y en caso de que la venta inicial se resolviera por impago del precio aplazado, por los

(34) Sobre la inscripción de la condición resolutoria, *vid.*, entre otros, GÓMEZ GALLIGO, F. J., RCDI, pp. 2467-2469 y 2481 ss.; ROBLES LATORRE, P., 2013, pp. 1677 ss.; y DÍAZ ROMERO, G., 2014, pp. 122 ss.

(35) Entre otros, *vid.* AZOFRA VEGAS, F., RCDI, pp. 721-724.

efectos retroactivos de esa resolución de la venta, cuando ésta se haga efectiva, entonces deberá devolverse el bien al vendedor inicial y el tercero se quedaría sin el mismo; en tal caso su situación debería solucionarse dentro del ámbito concreto de su relación contractual personal con su transmitente (RRDGRN de 24 de enero de 1998 y 27 de mayo de 2005) por las reglas generales de la contratación y, en el marco de esa compraventa, podría dirigirse contra su propio vendedor (el comprador inicial con pago aplazado del precio) por saneamiento por evicción *ex* artículo 1475 CC<sup>(36)</sup>.

### 3.4 Embargo de la vivienda adquirida con aplazamiento del pago del precio por deudas del comprador estando pendiente la condición resolutoria explícita

En este caso, estando pendiente la condición resolutoria la propiedad de la vivienda la tiene el comprador, aun condicionada, de modo que podrían hacerse efectivos embargos sobre esa vivienda por deudas que tuviera el comprador con terceros.

Pero el embargo se llevará a cabo en los términos en que aparezca la titularidad inscrita: es decir, la propiedad del comprador sujeta a condición resolutoria por el pago del precio aplazado.

De modo que, si finalmente no se paga el precio aplazado, la venta se resolverá y, en tal caso, el bien quedaría libre de embargo (pues la retroactividad de la resolución determina que la situación del inmueble quede tal y como estaba al tiempo de celebrarse la venta con precio aplazado y ese embargo no existía entonces), sustituyéndose el objeto del embargo, vía subrogación real, por las cantidades que se pagaron como precio y que el vendedor debe devolver o por el derecho del crédito del comprador contra el vendedor para reclamar la devolución de esas cantidades (entre otras, RDGRN de 10 de diciembre de 2015).

A continuación, en el siguiente apartado de este trabajo se detallarán los efectos que sobre los terceros puede tener la efectiva resolución de la venta y las exigencias previstas de cara a la reinscripción del bien a favor del vendedor y con respecto a los terceros titulares de derechos, cargas o embargos, que se verían extinguidos y cuyos asientos se cancelarían.

---

(36) En tal sentido el vendedor tendría un derecho anterior a la adquisición del tercero (tal y como exige el artículo 1475 CC) pudiendo considerarse a tal efecto ese derecho en expectativa a recuperar el bien, pero, sobre todo, atendiendo al carácter retroactivo de la resolución de la primera venta, que determinaría que la situación real fuera la existente al momento de la celebración de la primera venta a plazos, como si ésta nunca hubiera tenido lugar, de modo que el vendedor sería el propietario por un derecho existente y efectivo anterior a la adquisición de ese tercero.

### 3.5 Impago del precio aplazado: efectos sobre el contrato, sobre la propiedad de la vivienda y respecto a terceros

A continuación me referiré a las principales cuestiones vinculadas al impago del precio, cumpliéndose con ello la condición resolutoria.

El pago del precio determinará que ya la condición no se cumplirá, ni con ello la resolución de la venta, consolidándose la propiedad del comprador de modo definitivo. Esta circunstancia de consumarse la adquisición del derecho se hará constar en el Registro de la Propiedad por nota marginal, conforme indica el artículo 23 LH. Asimismo, cabría cancelar el asiento relativo a la condición resolutoria explícita por voluntad del titular (el comprador) y en cuanto así conste por documento público o sentencia judicial firme el pago del precio<sup>(37)</sup>.

#### 3.5.1 *Requisitos para la aplicación de la condición resolutoria explícita: el requerimiento-notificación al comprador ex artículo 1504 CC*

En caso de que el comprador no cumpla con su obligación de pago del precio aplazado se aplicará la condición resolutoria prevista en el contrato. Pero la resolución de la venta no será automática, sino que se exige el previo requerimiento notarial o judicial al comprador en los términos indicados en el artículo 1504 CC.

Como ya se ha indicado anteriormente, este precepto acoge una regla especial con respecto a lo previsto en el artículo 1124 CC. Para la aplicación de la condición resolutoria explícita del artículo 1504 CC se exige:

*a)* Que se trate de una condición incluida en un contrato de compraventa de un inmueble con aplazamiento del pago del precio.

*b)* Que se den los presupuestos de hecho propios de la resolución: i) que el vendedor haya cumplido todas sus obligaciones derivadas de dicho contrato; ii) que el comprador no cumpla con esa obligación de pago del precio en los términos previstos en el contrato; y iii) el hecho objetivo del incumplimiento, no justificado, frustrándose el fin del contrato y las legítimas expectativas de la parte que insta la resolución (*Vid.*, entre otras, SSTs de 20 de enero de 2000, 26 de febrero de 2001, 31 de mayo de 2002, 7 de mayo de 2003, 10 de mayo de 2007, 17 de marzo de 2011, 15 de diciembre de 2011 y 4 de julio de 2017).

---

(37) Respecto a la cancelación de la condición resolutoria, *vid.*, ÁVILA NAVARRO, P., 1999, pp. 1153 ss. *Vid.*, asimismo, RDGSJFP de 30 de octubre de 2020.

c) Y requisito muy relevante, que diferencia este caso de la regla general de resolución contractual prevista en el artículo 1124 CC: el vendedor deberá requerir notarial o judicialmente al comprador.

Este requerimiento no es de pago, sino que vendría a ser más estrictamente una notificación al comprador de su voluntad de resolver la venta por impago del precio (una declaración de voluntad unilateral y recepticia del vendedor al comprador en tal sentido: STS de 18 de octubre de 2004). Si se quiere hacer un requerimiento dándole un nuevo plazo para pagar, lógicamente se puede hacer así, pero entonces deberá hacerse un nuevo requerimiento advirtiendo de la resolución tal y como exige el artículo 1504 CC; o que, junto con ese requerimiento de pago, en el mismo, simultáneamente, ya se contenga una advertencia-comunicación de que si tras dicho plazo nuevo de pago total del precio no se cumple con ello, se considerará resuelta la venta y comunicada a los efectos del art 1504 CC sin necesidad de nuevo requerimiento (entre otras, SSTS de 13 de diciembre de 1990, 21 de junio de 1996, 7 de julio de 1998, 24 de julio de 1999, 17 de febrero de 2000 y 3 de diciembre de 2004) <sup>(38)</sup>.

Sin esa advertencia-notificación expresa de resolución no cabe entenderse cumplido el requisito recogido en el artículo 1504 CC que permitiría excluir la eficacia del pago extemporáneo por el comprador tras ese requerimiento <sup>(39)</sup>.

Debe tratarse de un requerimiento notarial o judicial (no se admite ninguna otra modalidad, ni particularmente el burofax: *vid.* entre otras las SSTS de 4 de julio de 2011, 12 de noviembre de 2011 y 29 de febrero de 2016 y RDGSJFP de 26 de marzo de 2021), con la advertencia expresa de que la voluntad del vendedor es dar por resuelta la venta y, además, a estos efectos debe ser un requerimiento efectuado por el vendedor al comprador (entre otras, STS de 3 de febrero de 2006) <sup>(40)</sup>.

Una vez efectuado ese requerimiento resolutorio por el vendedor y recibido por el comprador (se trata de una declaración de voluntad

---

(38) En el caso de la resolución contractual *ex* artículo 1124 CC, pese a la resolución interesada por una de las partes contractuales, el Tribunal podrá decidir, si entiende que hay razones que lo justifican, que se dé a la otra parte un nuevo plazo para el cumplimiento de la obligación («El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo»). Sin embargo, tal posibilidad no cabe en el supuesto del artículo 1504 CC: «Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término» (entendiéndose tal requerimiento como la efectiva notificación de resolución contractual).

(39) El pago hecho por el comprador hasta el momento del requerimiento será eficaz y evitará la resolución del contrato (entre otras, SSTS de 17 de febrero de 2000, 21 de diciembre de 2004 y 4 de julio de 2005).

(40) Aunque de cara a la reinscripción, como después se comentará, la DGRN viene a exigir también que se notifique la resolución o la demanda judicial a los terceros titulares de asientos registrales posteriores.

unilateral y recepticia), el pago que éste haga se considerará extemporáneo y no dejará sin efecto la resolución de la venta interesada por el vendedor; la voluntad y pago del comprador tras ese requerimiento no rehabilitará el contrato (entre otras, SSTS de 7 de mayo de 2003 y 18 de enero de 2013).

La resolución se produce *ipso iure* por ese requerimiento notarial o judicial, aunque cabe advertir que si, practicado éste, el comprador se opone a la resolución y así lo hace constar de forma expresa tras ese requerimiento del vendedor, entonces la resolución no operará efectos inmediatos sino que habrá que acudir a los tribunales para que éstos declaren en su caso esa resolución, si la estiman procedente por concurrir los presupuestos para ello (no la constituirán, sino que declararán la resolución ya operada con el requerimiento del vendedor declarando su voluntad de resolver): entre otras, SSTS de 15 de julio de 2003, 19 de julio de 2010, 15 de diciembre de 2011 y 12 de noviembre de 2012; y RRDGS-JFP de 15 de enero de 2021 y 21 de febrero de 2023)<sup>(41)</sup>.

A este respecto, el hecho de que la oposición del comprador se pueda producir por cualquier motivo que plantee la falta de concurrencia de los presupuestos de hecho para la resolución o incumplimiento de la forma prevista para el requerimiento en el artículo 1504 CC (motivo justificado o no inicialmente al plantearlo) y dilatar en el tiempo la eficacia resolutoria de esa condición por tener que acudir a los tribunales, aunque es lo más oportuno por seguridad jurídica y garantía de los derechos del comprador, también es cierto que hace menos atractiva esta figura de la condición resolutoria explícita (frente a la reserva de dominio, aval o hipoteca) como garantía de los derechos del vendedor.

### 3.5.2 *Eficacia retroactiva de la resolución: reinscripción; consignación y cláusula penal; y efectos sobre asientos registrales posteriores y terceros*

Producida la resolución de la venta en virtud de la condición *ex* artículo 1504 CC, sus efectos serán retroactivos al momento de la celebración de la venta, lo que determina que ambas partes deberán devolverse las prestaciones recibidas de la contraparte en virtud de esa compraventa para que la situación retorne a la misma que existiría de no haberse celebrado el contrato: fundamentalmente, el vendedor deberá devolver las cantidades percibidas como precio y el comprador la propiedad y posesión de la vivienda transmitida.

---

(41) Cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, C. J., 1997, pp. 185 ss.



Esto último, a efectos registrales, determina que, existiendo inscripción de la propiedad del comprador, se proceda a la reinscripción del bien a favor del vendedor, cancelándose la inscripción existente a favor del comprador, así como todos los asientos posteriores a favor de terceros que deriven de ella (art. 175.6.º RH). Y precisamente en este ámbito registral la DGRN ha acogido una doctrina estricta exigiendo ciertas condiciones para la reinscripción del bien en aras de la protección del comprador y de terceros titulares de derechos o cargas registrales que se puedan ver afectados por esa reinscripción por resolución de la venta con precio aplazado al cancelarse sus derechos y asientos registrales.

Para la reinscripción la DGRN (hoy DGSJFP) se exige, atendiendo a lo indicado en los artículos 59 y 175.6.º RH<sup>(42)</sup>:

i) Que se presente ante el Registro justificación del requerimiento efectuado en cumplimiento del artículo 1504 CC notificando al comprador la resolución del contrato por falta de pago, así como presentar el título del vendedor. Si el comprador se hubiera opuesto a la resolución de la venta, entonces el título de la reinscripción no será ese requerimiento resolutorio *ex* artículo 1504 CC sino la sentencia judicial que declare la resolución y extinción de la venta, denegándose esa reinscripción hasta en tanto no conste tal decisión judicial (entre otras, RRDGRN de 9 de junio de 2010, 10 de diciembre de 2015, 5 de julio de 2017 y 16 de enero de 2019, RDGSJFP de 15 de enero de 2021 y STS de 19 de julio de 2010)<sup>(43)</sup>.

ii) Justificación de haber consignado las cantidades que hubiese percibido del comprador antes de la resolución. A este respecto, para proceder a la reinscripción la DGRN tradicionalmente y en doctrina consolidada viene exigiendo la consignación de todas las cantidades percibidas, sin que a tales efectos se puedan deducir o compensar los importes que se deriven de la aplicación de una cláusula penal incluida en el contrato por la que el vendedor tiene derecho a retener todas o parte de las cantidades percibidas por el comprador hasta el momento de la resolución por impago; de modo que podrían consignarse cantidades que a la postre no debían

---

(42) *Vid.*, entre otras, RDGRN de 10 de diciembre de 2015 y RRDGSJFP de 10 de junio de 2020, 15 de enero de 2021, 16 de marzo de 2021, 26 de mayo de 2021, 28 de septiembre de 2021 y 21 de febrero de 2023.

(43) Tal y como señala la RDGRN de 10 de diciembre de 2015: «es preciso que conste la efectiva concurrencia de los presupuestos de hecho de la resolución, que no resultan del Registro, ya que es principio básico de nuestro sistema registral que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1 de la Ley Hipotecaria) no pudiendo ser rectificadas, como norma general, sino con el consentimiento de su titular o con la subsidiaria resolución judicial (art. 40 de la Ley Hipotecaria)». Sin embargo, AZOFRA VEGAS considera errónea la exigencia de la DGRN de que conste el aquietamiento de comprador, e incluso de los terceros registrales, para que pueda producirse la reinscripción del dominio a favor del vendedor: AZOFRA VEGAS, F., RCDI, pp. 763-764.

haberse consignado porque a ellas no tendría derecho el comprador (y por ello, tampoco los terceros que traen causa de él): *Vid.*, entre otras, RRDGRN de 2 de febrero de 1988, 28 de marzo de 2000, 10 de diciembre de 2015, 10 de octubre de 2018 y 29 de agosto de 2019).

Esta es una de las cuestiones más controvertidas sobre esta figura y que, junto con la posible oposición del comprador suspensiva de los efectos de la resolución, pueden hacer menos atractiva esta figura como garantía del crédito inmobiliario<sup>(44)</sup>.

La venta a plazos con condición resolutoria y cláusula penal puede tener acceso al Registro, haciéndose constar ambas estipulaciones (la cláusula penal como accesoria e integrante del conjunto del negocio jurídico): así, entre otras, RDGSJFP de 29 de agosto de 2019. No obstante, pese a que existe publicidad registral que es oponible a terceros y debe ser tenida en cuenta por ellos y que la literalidad del artículo 175.6.º RH señala que la consignación procederá «con las deducciones que en su caso procedan», la DGRN mantiene su exigencia de que para que se produzca la reinscripción a favor del vendedor deben consignarse todas las cantidades percibidas del comprador, y ya será en el ámbito judicial donde se resolverá y determinarán las cantidades que proceda por aplicación de la cláusula penal, donde podría proceder la moderación judicial del artículo 1154 CC y atender a las alegaciones de desproporción de la pena. Son, sin duda, rigurosos controles que se aplican por la DGRN en aras de salvaguardar la posición jurídica de las partes y los terceros que, por la vía de la subrogación real, tendrían derechos sobre esas cantidades a devolver al comprador, como contrapartida a la cancelación y extinción de sus derechos por la resolución de la venta (entre otras, RRDGRN de 10 de diciembre de 2015 y 16 de enero de 2019)<sup>(45)</sup>. Ahora bien, esta doctrina se ha visto tímidamente flexibilizada

(44) Sobre ello, *vid.*, entre otros, GÓMEZ GÁLIGO, F. J., RCDI, pp. 2470 ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA, C. J., 1997, pp. 195 ss.; ROBLES LATORRE, P., 2013, pp. 1679-1680; y AZOFRA VEGAS, F., RCDI, pp. 746 ss.; así como las diversas sentencias y resoluciones mencionadas en el presente apartado de este trabajo.

(45) En contra de esta doctrina, Cfr. AZOFRA VEGAS, F., RCDI, pp. 746 ss., quien considera que el comprador que pactó la cláusula penal renunciando a la moderación judicial y los terceros registrales posteriores (que no tienen más derechos que el comprador) no pueden tener un tratamiento preferente al del titular de la condición resolutoria cuando ésta se ha inscrito, al igual que la cláusula penal; por ello, considera un error y una incoherencia registral que la DGRN exija la consignación total de las cantidades percibidas para la reinscripción de la propiedad del bien a favor del vendedor. En su opinión, deben distinguirse claramente los planos sustantivo y registral, de modo que constando inscrita la condición resolutoria explícita y la cláusula penal con renuncia a la moderación judicial, estas cláusulas deben tener eficacia frente a terceros y por ello no exigirse nada más que el requerimiento resolutorio para proceder a la reinscripción, pudiendo aplicar la cláusula penal sin más y no consignar nada que se haya compensado por esta; y luego ya, si comprador o terceros consideran que no procede retener todas las cantidades y reclamar por esa cláusula penal, entonces que sean ellos quienes acudan a los tribunales. Considera que lo que procede es el automatismo. Estas alegaciones son las

al admitirse la validez de la renuncia (expresa e inequívoca) del comprador a la moderación judicial de la cláusula penal prevista como accesoria a esa condición resolutoria; de modo que, siguiendo la jurisprudencia sobre esta cuestión que determina que no procede la moderación judicial de la pena *ex* artículo 1154 CC si se ha pactado precisamente para el caso de incumplimiento concreto y parcial en el marco de la relación contractual de las partes<sup>(46)</sup>, la DGRN (ahora DGSJFP) ha rebajado las exigencias de consignación para la reinscripción si consta claramente la aceptación de la cláusula penal y la renuncia expresa, inequívoca e irrevocable del comprador a la moderación judicial *ex* artículo 1154 CC; aunque esto ha sido solo bajo esas concretas circunstancias y únicamente en el marco de una venta en la que las partes sean ambas empresas, advirtiendo que no se acogería igual criterio de tratarse de una relación con consumidores en atención al artículo 85.6 LGDCU (que será lo que normalmente suceda en el caso de venta de vivienda habitual): entre otras, *vid.* RDGRN de 29 de agosto de 2019 y RDGSJFP de 11 de mayo de 2021<sup>(47)</sup>.

Con respecto a las cargas y derechos que constan en el Registro a favor de terceros con posterioridad a la inscripción de la venta con condición resolutoria o con posterioridad a la anotación preventiva de demanda por resolución de la venta, de conformidad con lo señalado en el artículo 175.6.º RH, producida la resolución de la venta en virtud del artículo 1504 CC y la cancelación de la inscripción de la propiedad del comprador (con la reinscripción a favor del vendedor), procede asimismo cancelar todas las cargas y derechos reales de terceros constituidos sobre esa vivienda cuya venta se sujetó a esa condición resolutoria con posterioridad a la inscripción de ésta.

---

que también sirvieron de base al recurso resuelto por la RDGRN de 29 de agosto de 2019, aunque versaba sobre la inscripción de la condición resolutoria y la cláusula penal y no sobre reinscripción; esta RDGRN estimó el recurso y fue comentando la diversa doctrina de dicho Centro Directivo sobre la reinscripción y efectos de la condición resolutoria, con cierta flexibilidad por tratarse de un caso en el que las partes eran ambas empresas, pero advirtiendo que no se acogería igual criterio de tratarse de una relación con consumidores (algo que será lo que normalmente suceda en el caso de venta de vivienda habitual).

(46) Entre otras, SSTs de 17 de enero de 2012, 7 de abril de 2014, 24 de octubre de 2017, 14 de febrero de 2018, 6 de junio de 2019 y 23 de junio de 2020.

(47) Según señala esta RDGSJFP de 11 de mayo de 2021: «de no darse las circunstancias excepcionales que se dieron con ocasión de la Resolución de 29 de agosto de 2019, tal y como indicó la más reciente Resolución de 6 de marzo de 2020, “la reinscripción en el Registro de la propiedad a favor del vendedor exige por tanto consignación de las cantidades por aquél percibidas, consecuencia de los efectos ‘ex tunc’ que en relación a la restitución de prestaciones determina el artículo 1123 del Código Civil y no solo es exigible en caso de existencia de titulares de cargas posteriores. En definitiva, en todo caso de reinscripción como consecuencia de la resolución de una compraventa con precio aplazado garantizado con condición resolutoria explícita, al amparo del artículo 59 RH, es necesaria la consignación del importe que haya de ser devuelto al adquirente o –si hubiera cargas posteriores– que corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (art. 175.6.º del Reglamento Hipotecario)».



Ahora bien, la DGRN (ahora DGSJFP) ha advertido que la ejecución de la condición resolutoria no es automática en el ámbito registral, sino que debe atenderse a la protección de los derechos de estos terceros, por lo que para poder cancelar los asientos registrales de los que son titulares será preciso que se les haya notificado el ejercicio de esa voluntad resolutoria del vendedor a fin de que pudieran manifestar o acudir a tribunales en defensa de sus derechos, o, de haberse acudido a los tribunales por la oposición del comprador, que esos terceros hayan podido intervenir también en ese proceso (de manera que si no se opusieron a esa resolución, procede la cancelación sin más de sus asientos al traer causa del asiento del comprador); o bien, que se haya practicado anotación preventiva de la demanda, que entonces afectará a los terceros inscritos con posterioridad a esta, que verán cancelados sus asientos. Y ello por cuanto la RDGRN ha advertido de los estrictos controles que en estos asuntos deben adoptarse en el ámbito registral para evitar posibles acuerdos entre comprador y vendedor en cuanto a la ejecución de la condición resolutoria con el ánimo de defraudar los intereses de terceros titulares de cargas posteriores (entre otras, RRDGRN de 1 de abril de 2011, 24 de julio de 2014, 5 de julio de 2017, 10 de octubre de 2018, 15 de octubre de 2018 y 8 de febrero de 2019; y RRDGSJFP de 26 de mayo de 2021, 21 de febrero de 2023 y 15 de febrero de 2024).

### 3.6 Cancelación registral de la condición resolutoria explícita por caducidad

En atención a lo previsto en el artículo 82.5 LH, podrían cancelarse las inscripciones de las condiciones resolutorias que consten en el Registro sin que se hubieran ejercitado, una vez transcurrido el plazo de 5 años indicado en el artículo 1964 CC. Para ello se necesitará presentar documento público<sup>(48)</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

ARCOS VIEIRA, M. L., «Reservas de dominio sobre inmuebles», en Carrasco Perra, Á. (dir.), *Tratado de la compraventa*, tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 615-621.

---

(48) A este respecto, *vid.*, entre otros, ÁVILA NAVARRO, P., 1999, pp. 1191 ss.; GÓMEZ GALLIGO, F. J., RCDI, pp. 2488 ss.; y DÍAZ ROMERO, G., 2014, pp. 130-131. Asimismo, *vid.*, entre otras, RRDGSJFP de 21 de febrero de 2020, 10 de agosto de 2020, 30 de septiembre de 2021 y 19 de septiembre de 2023.



- ÁVILA NAVARRO, P., «El pago del precio y la cancelación de la “condición resolutoria”», en AAVV, *Libro homenaje a Jesús López Medel*, tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pp. 1151-1214.
- AZOFRA VEGAS, F., «La condición resolutoria explícita: tratamiento registral y sustantivo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 778, 2020, pp. 717-780.
- DÍAZ ROMERO, G., «La condición resolutoria expresa y el Registro de la Propiedad», en González Pacanowska I. y García Pérez, C. L., *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 119-139.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., «Reservas de dominio no inscritas», en Carrasco Perera, Á. (dir.), *Tratado de la compraventa*, tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 607-613.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La eficacia de la reserva de dominio inmobiliaria. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2007», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 20, 2008, pp. 321-333.
- *La reserva de dominio inmobiliaria en el concurso*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.
- GALICIA AIZPURUA, G., «La reserva de dominio y la resolución contractual», en Carrasco Perera, Á. (dir.), *Tratado de la compraventa*, tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 641-651.
- *Fiducia, leasing y reserva de dominio*, Reus, Madrid, 2014.
- GARCÍA VICENTE, J. R., «Reserva de dominio sobre bienes inmuebles. La ineficacia registral de la cláusula penal de retención del precio. Comentario a la RDGRN de 28 noviembre 2017», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 108, 2018, pp. 99-126.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Inscripción de condición resolutoria en garantía del precio aplazado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 613, 1992, pp. 2463-2494.
- LEGERÉN-MOLINA, A., «Reserva de dominio y derechos del comprador», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 2020, pp. 261-305.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «La reserva de dominio», en Bosch Capdevila, E. (dir.), *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 139-224.
- MONTÁNCHEZ RAMOS, M., *Algunas reflexiones respecto del pacto de reserva de dominio*, Colegio de Registradores, Centro de Estudios, Madrid, 2006.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- ROBLES LATORRE, P., «La condición resolutoria expresa y el Registro de la Propiedad», en Carrasco Perera, Á. (dir.), *Tratado de la compraventa*, tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 1677-1681.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, C. J., *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, 2.<sup>a</sup> ed., Dykinson, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B., «La reserva de dominio: naturaleza y efectos sobre muebles e inmuebles», *Anuario de Derecho Civil*, 2020, pp. 491-558.



- SANCHO MARTÍNEZ, L., *La reserva de dominio en el sistema español de garantías reales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- VAQUERO PINTO, M. J., «Diferencias entre artículos 1124 y 1504 CC: teoría y realidad», en Carrasco Perera, Á. (dir.), *Tratado de la compraventa*, tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 1653-1664.
- ZUMAQUERO GIL, L., «¿Expectativa de derechos o derechos expectantes? Un análisis de la posición del comprador en el pacto de reserva de dominio», en Cañizares Laso, A. (dir.), *Función de las condiciones en el tráfico inmobiliario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 357-405.

## C. «Crowdfunding» inmobiliario y vivienda habitual\*

**Teresa Asunción Jiménez París**  
*Profesora Titular de Derecho Civil*  
*Universidad Complutense*  
*tajimene@ucm.es*

**Resumen:** *El crowdfunding inmobiliario es un fenómeno de desintermediación bancaria que originariamente era regulado por normas nacionales pero que en la actualidad ha sido (en parte) objeto de armonización comunitaria a través del Reglamento (UE) 2020/1503, para facilitar las operaciones transfronterizas de los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas mediante un pasaporte europeo. Como el Reglamento tiene un ámbito de aplicación material limitado pueden existir plataformas de crowdfunding inmobiliario reguladas por los Estados y que para desarrollar actividades transfronterizas necesiten la autorización del Estado miembro en que quieran operar y que por lo tanto se sujeten a normativas nacionales. No está claro si el Reglamento (UE) 2020/1503 comenzó a aplicarse el 10 de noviembre de 2022 o el 10*

---

\* El trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación I + D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00).



*de noviembre de 2023 en España. Tampoco está claro si permite o no las actividades de autopromoción. El Reglamento (UE) 2020/1503 contempla expresamente la elaboración por los promotores empresariales para cada oferta de financiación participativa de una Ficha de Datos Fundamentales de la Inversión en la que deberán explicarse los riesgos que presenta el proyecto, incluidos los riesgos geográficos, particularmente presentes en el crowdfunding inmobiliario.*

**Palabras clave:** *Financiación participativa, crowdfunding inmobiliario, Ley de fomento de la financiación empresarial*

**Abstract:** *Real estate crowdfunding is a banking disintermediation phenomenon that was originally regulated by national rules but has currently been (partly) subject to community harmonization through Regulation (EU) 2020/1503, to facilitate cross-border operations of european suppliers participatory financing services for companies, through a European passport. As the regulation has a limited material scope of application, there may be real estate crowdfunding platforms regulated by the States and that, in order to develop cross-border activities, require the authorization of the Member State in which they want to operate and that are therefore subject to national regulations. It is not clear whether Regulation (EU) 2020/1503 began to apply in Spain on November 10, 2022 or November 10, 2023 It is also unclear whether or not it allows self-promotion activities. Regulation (EU) 2020/1503 expressly contemplates the preparation by business promoters for each participatory financing offer of Fundamental Investment Data Sheet in which the risks presented by the project must be explained, including geographical risks, which are particularly present in real estate crowdfunding.*

**Keywords:** *Participatory financing, real estate crowdfunding, Law to promote business financing.*

**Sumario:** 1. Concepto y modalidades de *crowdfunding* inmobiliario. 2. La armonización europea de los servicios de financiación participativa para empresas. 3. Los problemas de Derecho transitorio generados en el ordenamiento interno español. 4. Régimen jurídico de las plataformas armonizadas y no armonizadas. Panorámica general. 4.1 Plataformas armonizadas. 4.2 Plataformas no armonizadas. 5. Plataformas con inversores desestructurados y plataformas con inversores agrupados. 6. El *crowdfunding* inmobiliario en el Reglamento (UE) 2020/1503. Riesgos que presenta. 6.1 El riesgo de crédito. 6.2 El riesgo de existencia de vínculos entre el PSFP y el promotor del proyecto inmobiliario. 6.3 Los riesgos geográficos. 7. Conclusión.





## 1. CONCEPTO Y MODALIDADES DE *CROWDFUNDING* INMOBILIARIO

El *crowdfunding* inmobiliario es un fenómeno de financiación participativa, o sea, de financiación por una multitud o *crowd*, caracterizado porque el proyecto objeto de financiación es un proyecto empresarial inmobiliario, bien de adquisición de inmuebles para su posterior rehabilitación, alquiler y/o venta o bien de construcción de inmuebles para su posterior alquiler y/o venta. Se trata de un mecanismo de financiación alternativo a la financiación bancaria para empresas del sector inmobiliario o incluso cooperativas de viviendas, que tiene por base un activo tangible (solares, viviendas, plazas de garaje, oficinas, locales comerciales, naves industriales, complejos vacacionales, hoteles...), activo que puede ser objeto de garantías a favor de los inversores (hipoteca inmobiliaria, anotación preventiva de crédito refaccionario, anotación preventiva de embargo), no presentes, o no con tanta facilidad, en otros proyectos empresariales financiados mediante *crowdfunding*<sup>(1)</sup>.

Existen dos modalidades de *crowdfunding* inmobiliario: el *crowdfunding* inmobiliario directo y el *crowdfunding* inmobiliario intermediado. En el primer caso, promotor de proyecto inmobiliario y titular de la plataforma de *crowdfunding* son el mismo sujeto. Es decir, si una empresa inmobiliaria decide financiar sus proyectos mediante financiación participativa, crea una web y su programa informático para la captación de fondos. También suele crear una sociedad *ad hoc* para la compra de un inmueble y su posterior alquiler o venta. El objeto social de esa sociedad es precisamente verificar el proyecto inmobiliario y los contratos necesarios para ello. Una vez que los inversores se han adherido al proyecto a través de la web de la empresa promotora, esta introduce a los inversores en la sociedad *ad hoc* mediante una ampliación de capital, adquiriéndose después el inmueble. Los inversores se convierten en socios y reciben los beneficios del alquiler del inmueble mediante dividendos. Cuando el inmueble se vende, el precio se reparte entre ellos como cuota de liquidación de la sociedad (en proporción a su aportación), pudiendo recuperar el socio el capital inicialmente aportado más una plusvalía<sup>(2)</sup>.

---

(1) Cfr., MORENO SERRANO, *ACR*, pp. 120-126; HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, pp. 230-231; SÁNCHEZ PADRÓN, *REC*, p. 309. El *crowdfunding* inmobiliario se enmarca en el ámbito de la economía colaborativa, en un proceso de desintermediación bancaria, y en el llamado *Prop Tech*, neologismo que hace referencia a modelos de negocio que «se apoyan en la aplicación intensiva de tecnología en y para el mercado inmobiliario» (GARCÍA OCHOA MAYOR, y NARVÁEZ BARBA, *Diario La Ley*, pp. 1-4 y 12; LÓPEZ ORTEGA, *RDBB*, p. 7; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, 2022, 296).

(2) MORENO SERRANO, *ACR*, p. 133. MALDONADO RAMOS, *El Notario del Siglo XXI*, p. 27; HERNÁNDEZ SAINZ, E., 2018, p. 239.



En cambio, en el *crowdfunding* inmobiliario intermediado el promotor del proyecto inmobiliario es persona física o jurídica diversa de la persona jurídica que gestiona la plataforma de *crowdfunding*, *no coincidiendo, pues, titular del proyecto inmobiliario y titular de la plataforma*. Este último opera como un proveedor de servicios de financiación participativa, o sea como un intermediario entre la multitud de inversores y el promotor del proyecto inmobiliario que solicita financiación.

La financiación participativa estaba regulada en España con una normativa netamente nacional por la redacción originaria de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (Título V, artículos 46 a 93).

El modelo de *crowdfunding* inmobiliario regulado en España era un modelo de *crowdfunding* intermediado ya que la LFFE ponía límites a la autopromoción (o *crowdfunding* directo), es decir, a que las plataformas de financiación participativa pudieran publicar proyectos propios (art. 63.2 LFFE). El *crowdfunding* directo se trataba, pues, de una actividad que en España se calificaba como de alegal o incluso prohibida<sup>(3)</sup>.

En este trabajo analizaremos las novedades que ha introducido en la materia la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2020/1503 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de octubre de 2020, relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas, así como la normativa española para las plataformas armonizadas (que tiene un carácter complementario o supletorio respecto del RPSFP)<sup>(4)</sup> y para las plataformas no armonizadas y que ha sido introducida por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, la cual ha dado nueva redacción al Título V de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.

## 2. LA ARMONIZACIÓN EUROPEA DE LOS SERVICIOS DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA PARA EMPRESAS

Para conseguir un mercado de financiación participativa transfronterizo y que las plataformas no deban sujetarse a la legislación de cada estado de la UE para prestar sus servicios de intermediación de crédito y obtener una autorización de cada estado miembro para operar, la Unión Europea

---

(3) MORENO SERRANO, *ACR*, p. 135 y 139. *Vid.*, HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, pp. 238-239; HERNÁNDEZ SAINZ, *REE*, pp. 126-146. La CNMV difundió sus dudas acerca de la legalidad de los *crowdfunding* directos, de manera que las principales empresas del sector optaron por acogerse al régimen de la Ley 5/2015 «y operar como intermediarios a favor de promotores externos» (MALDONADO RAMOS, *El Notario del Siglo XXI*, p. 27).

(4) TAPIA HERMIDA, *RDMV*, p. 3.

ha dictado el Reglamento (UE) 2020/1503 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de octubre de 2020, relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa *para empresas* (RPSFP). En lugar de un mercado fragmentado acorde con las especialidades nacionales de cada estado de la UE se quiere un mercado paneuropeo que podría abrirse incluso a operadores no comunitarios (art. 45.2.q) RPSFP) y convertirse en un mercado de financiación participativa global, con los riesgos, particularmente geográficos, que ambas situaciones conllevan y a los que nos referiremos después<sup>(5)</sup>.

El Reglamento (UE) 2020/1503 tiene un ámbito de aplicación material marcado por dos coordenadas. Por un lado los prestatarios (promotores de proyectos que soliciten financiación a través de las plataformas de financiación participativa) deben ser empresarios (personas físicas o jurídicas *ex* artículo 2.1.h RPSFP), a pesar de que podría dar la impresión de que se refiere solo a empresas personas jurídicas (*Vid.*, Anexo I, Ficha de datos fundamentales de la inversión, Parte A, apartado a). Y por otro lado, los proyectos empresariales para los que se solicite financiación (entre ellos, los proyectos inmobiliarios), no pueden requerir una financiación superior a 5 millones de euros (art. 1.2 RPSFP). Se limita así la actividad de intermediación de la plataforma, que puede operar tanto en el caso de *crowdlending* como de *equity crowdfunding*<sup>(6)</sup>.

Por lo tanto, la intermediación en caso de los proyectos empresariales inmobiliarios que exijan una financiación superior a 5 millones de euros queda sujeta al Derecho español (Ley 5/2015, en la versión dada por la Ley 18/2022) al igual que la intermediación en proyectos inmobiliarios de consumo (financiación para la adquisición de vivienda habitual o un bien inmueble de uso residencial o no residencial, para uso del consumidor ajeno a su actividad empresarial o profesional)<sup>(7)</sup>.

Es por este motivo que la Ley 5/2015 diferencia ahora entre plataformas de financiación participativa armonizadas por el derecho de la UE, señalando que quedan sujetas al Reglamento UE 2020/1503 y a la Ley 5/2015, y plataformas de financiación participativa no armoniza-

(5) *Vid.*, considerandos 5 y 6 del Reglamento 2020/1503.

(6) *Vid.*, considerando 1 del Reglamento 2020/1503.

(7) «El RPSFP excluye de su ámbito de aplicación los préstamos al consumo por considerar que están fuera de la finalidad del Reglamento el cual tiene por objeto fomentar la financiación transfronteriza de las empresas, a través de la eliminación de los obstáculos al funcionamiento del mercado interior en los servicios de financiación participativa (Considerando 8). En la Propuesta de Reglamento se entendió que los préstamos a consumidores a través de plataformas de financiación participativa encontraban ya regulación en la Directiva 2008/48 y en la Directiva 2014/17 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial» (CUENCA CASAS, *RDBB*, p. 4).

das (arts. 46 y 55 RPSFP), que se sujetan al régimen previsto en el artículo 55 de la Ley 5/2015)<sup>(8)</sup>.

### 3. LOS PROBLEMAS DE DERECHO TRANSITORIO GENERADOS EN EL ORDENAMIENTO INTERNO ESPAÑOL

Desde el 10 de noviembre de 2021, el RPSFP es de aplicación directa a todos los estados miembros de la UE. Por lo tanto, las nuevas plataformas creadas a partir de dicha fecha así como las ya existentes y que operasen con licencias nacionales requieren *para el ejercicio de la actividad incluida en el ámbito material del RPSFP* del «pasaporte europeo», vayan a operar de forma transfronteriza o no, por la aplicación directa de todo Reglamento de la UE. En cuanto a las plataformas existentes en dicha fecha se establece un derecho transitorio (art. 48.1 y 3 RPSFP). Inicialmente el periodo transitorio finalizaba el 10 de noviembre de 2022 y fue ampliado hasta el 10 de noviembre de 2023, por el Reglamento Delegado (UE) 2022/1988 de la Comisión, de 12 de julio de 2022, dada la imposibilidad de determinadas autoridades competentes de completar los procedimientos de autorización con arreglo al RPSFP antes del 10 de noviembre de 2022 y dada las dificultades de adaptación al Derecho europeo de las plataformas que ejercían su actividad con arreglo al Derecho nacional<sup>(9)</sup>.

El artículo 48.2 RPSFP preveía que en este periodo transitorio los Estados miembros podrían disponer de procedimientos de autorización simplificados para entidades que al entrar en vigor el Reglamento estuviesen autorizadas de conformidad con el derecho nacional. En este sentido, la disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2022, preveía un procedimiento simplificado en relación con el previsto en el artículo 12 del RPSFP para las plataformas autorizadas con arreglo a la Ley 5/2015 que quieran seguir prestando servicios de financiación participativa sujetos al RPSFP con posterioridad al 10 de noviembre de 2023 (o sea, después de la finaliza-

(8) TAPIA HERMIDA, *RDMV*, p. 3.

(9) *Vid.*: SÁNCHEZ RUIZ, 2024, pp. 32-34. La tendencia a actuar con arreglo al derecho nacional queda evidenciada porque en el informe de la AEVM, Autoridad Europea de Valores y Mercados de 19 de mayo de 2022, ESMA35-42-1445 [Asesoramiento técnico de la AEVM a la Comisión sobre la posibilidad de ampliar el periodo transitorio de conformidad con el artículo 48.3 del Reglamento (UE) 2020/1503], se señalaba que «a fecha 22 de marzo de 2022, todavía no había sido completado el proceso requerido por ningún proveedor de servicios de financiación participativa... El bajo número de solicitudes de registro del que informaban las autoridades nacionales competentes era generalizado en todos los Estados miembros, y se daba incluso en países con una mayor cantidad de proveedores nacionales de *crowdfunding* registrados, como Francia o Italia» (SÁNCHEZ RUIZ, 2024, p. 33).

ción del periodo transitorio). Según dicho procedimiento simplificado bastaba con que presentasen a la CNMV la documentación que justificaba que cumplieran con los requisitos del mencionado artículo 12 RPSFP para operar con arreglo al Reglamento comunitario, de tal manera que si transcurridos dos meses desde el acuse de recibo de la documentación por la CNMV esta no comunicaba objeción alguna a la entidad, se entendía concedida la autorización por el procedimiento simplificado y por silencio positivo (*Vid.*, considerando 46 y 47 RPSFP)<sup>(10)</sup>.

La doctrina española interpretaba mayoritariamente que la voluntad del legislador al fijar la fecha de derogación de la redacción primitiva de la LFFE en el 10 de noviembre de 2022 (art. 14 Ley 18/2022) era hacer coincidir dicha fecha con la fecha en que se fijase por la UE la finalización del periodo transitorio, para lo cual se citaba la Exposición de Motivos de la Ley 18/2022<sup>(11)</sup>.

No obstante, esta no era la única interpretación posible ya que se ha sostenido que la normativa nacional aplicable del Título V de la LFFE, conforme a su redacción inicial dada por la Ley 5/2015, de 27 de abril, «*ya no se encontraba en vigor desde noviembre de 2022*», habiendo sido sustituida por un nuevo Título V introducido en la Ley 5/2015, adaptado a la nueva regulación europea y que entró en vigor el 10 de noviembre de 2022 (disposición final octava y artículo 14 Ley 18/2022, que establece que «el título V de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, queda derogado con efectos desde el 10 de noviembre de 2022», lo que ratifica la disposición derogatoria única de la Ley 18/2022)<sup>(12)</sup>.

De tal manera que la prórroga del periodo transitorio establecida por el Reglamento Delegado (UE) 2022/1988 de la Comisión, no habría permitido en España que los proveedores nacionales existentes pudieran continuar desarrollando su actividad con arreglo al derecho nacional hasta el 10 de noviembre de 2023 «porque el régimen anterior había sido *derogado a partir de una fecha concreta y determinada*: el 10 de noviembre de 2022»<sup>(13)</sup>.

El Reglamento Delegado (UE) 2022/1988 simplemente habría permitido prolongar la aplicación del procedimiento de autorización simplificado

(10) SÁNCHEZ RUIZ, 2024, p. 36.

(11) SÁNCHEZ RUIZ, 2024, p. 36. Así señala TAPIA HERMIDA que: «La introducción por la Ley 18/2022 de este nuevo título V en la Ley 5/2015 estableciendo el régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa en el Derecho español plantea la cuestión de la adaptación de las plataformas de financiación participativas ya autorizadas al nuevo régimen, proceso que se desarrollará hasta el 10 de noviembre de 2023. En este sentido, la *finalidad de política legislativa subyacente se explica en el epígrafe II del Preámbulo de la Ley 18/2022*» (TAPIA HERMIDA, RDMV, p., 2).

(12) SÁNCHEZ RUIZ, 2024, pp. 34-35.

(13) SÁNCHEZ RUIZ, 2024, p. 36.



hasta el 10 de noviembre de 2023, pero no habría podido conseguir que continuase vigente la normativa inicial de la LFFE, «tras su rotunda y expresa derogación por parte del legislador español. Habría sido precisa una nueva actuación legislativa en ese sentido que no llegó a producirse»<sup>(14)</sup>.

Por lo tanto, durante la vigencia del plazo transitorio ampliado (10 de noviembre de 2022 a 10 de noviembre de 2023), la única normativa nacional vigente era el nuevo título V de la LFFE introducido con efectos de 10 de noviembre de 2022, el cual remitía al régimen previsto en el RPSFP tanto para las plataformas armonizadas como no armonizadas lo que implicaba que *para cualquier proyecto de financiación participativa (incluido un proyecto de crowdfunding inmobiliario) publicado entre el 10 de noviembre de 2022 y el 10 de noviembre de 2023* regía la obligación de proporcionar a los inversores potenciales la Ficha de datos fundamentales de la inversión con la estructura y contenido establecidos en el artículo 23 del RPSFP y en el Anexo I del mismo (art. 51 LFFE)<sup>(15)</sup>.

Esta posición tiene a su favor que un Reglamento Delegado no tiene carácter legislativo y es dado por la Comisión para «completar o modificar elementos no esenciales de un acto legislativo», siendo adoptado por delegación normativa del Consejo y del Parlamento Europeo, previéndose su publicación por el artículo 290 TFUE en la sección de Actos no legislativos, de la serie L, del DOUE<sup>(16)</sup>.

Por lo tanto, el Reglamento Delegado, al ampliar el periodo transitorio en que resultaba aplicable el Derecho nacional, no podía alterar la derogación normativa verificada en el Derecho interno por virtud de la Ley 18/2022, al no tener el carácter derogatorio de las normas internas que regulen materia objeto de un Reglamento, como sí tiene éste con arreglo al artículo 288 TFUE ni tener el efecto de cierre consistente en «impedir la promulgación de normas posteriores sobre la misma materia»<sup>(17)</sup>. Distinto hubiera sido que por un Reglamento posterior se hubiese modificado el Reglamento anterior.

Por otro lado, al tratarse el Reglamento Delegado de un acto que no tiene carácter legislativo no se produce el efecto de congelación de rango que sí produce el Reglamento, por lo que si bien la norma desplazada por el Reglamento (UE) 2020/1503 quedó en hibernación para surtir efectos en asuntos no de la Unión Europea (*crowdfunding* nacional), tal estado fue modificado por la Ley 18/2022, al establecer una derogación expresa

(14) SÁNCHEZ RUIZ, 2024, p. 36.

(15) SÁNCHEZ RUIZ, 2024, p. 37. *Id.*, en relación con otras consecuencias de la derogación del título V de la LFFE en su redacción original, p. 38.

(16) Diccionario Panhispánico del Español Jurídico <https://dpej.rae.es/lema/reglamento-delegado#:~:text=Eur.,Consejo%20y%20del%20Parlamento%20Europeo.>

(17) Cfr., HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, 2024, p. 61.



de toda la regulación española sobre *crowdfunding* con efectos desde el 10 de noviembre de 2022<sup>(18)</sup>.

Finalmente, a semejanza de otros países el legislador español pudo hacer una modificación de la fecha de derogación de la inicial redacción de la LFFE y sin embargo, no la hizo, teniendo presente además que el Reglamento Delegado (UE) 2022/1988 de la Comisión tenía fecha de 12 de julio de 2022<sup>(19)</sup>.

La cuestión es problemática porque afecta al régimen jurídico de las PFP que operaron en *crowdfunding* inmobiliario en el periodo comprendido entre el 10 de noviembre de 2022 y el 10 de noviembre de 2023.

#### 4. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PLATAFORMAS ARMONIZADAS Y NO ARMONIZADAS. PANORÁMICA GENERAL

Damos a continuación una visión general de la nueva ordenación jurídica aplicable en España a las plataformas que financian proyectos de *crowdfunding* inmobiliario.

##### 4.1 Plataformas armonizadas

Su régimen jurídico se encuentra en el Reglamento (UE) 2020/1503, operando la LFFE en su nueva redacción como complementaria o supletoria de lo dispuesto en el RPSFP (art. 46 LFFE), según hemos indicado antes. La Ley se refiere a plataformas que tengan su establecimiento en España y soliciten autorización a la CNMV (art. 47 LFFE y 12 RPSFP) para operar como PSFP en el ámbito material del RPSFP (proyectos empresariales inmobiliarios que exijan una financiación de hasta 5 millones de euros)<sup>(20)</sup>.

---

(18) Cfr.: DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ y HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, 2024, p. 49.

(19) SÁNCHEZ RUIZ, 2024, p. 37.

(20) Como se deduce del artículo 45.2.q) RPSFP, los servicios de financiación participativa solo podrán prestarse por personas jurídicas cuya nacionalidad sea la de un Estado miembro de la UE, en la medida en que en este precepto se prevé que antes del 10 de noviembre de 2023, la Comisión, previa consulta a la AEVM y la ABE presentará un informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del presente Reglamento, acompañado, si procede, de una propuesta legislativa. En dicho informe se evaluará «la conveniencia de permitir que se autorice a *entidades de terceros países* como proveedores de servicios de financiación participativa con arreglo al presente Reglamento», lo que supone que la CNMV no podrá autorizar a PSFP de terceros países, ni siquiera en el caso de plataformas no armonizadas (por la remisión legislativa). Nótese además que el título del Reglamen-

Si un PSFP cuenta ya con pasaporte europeo (otorgado por otro Estado miembro en el cual tiene su establecimiento) y pretende operar en España, deberá comunicarlo a la autoridad designada en ese Estado miembro como punto de contacto único para la cooperación administrativa transfronteriza, lo que a su vez se comunicará a la CNMV, pudiendo iniciar su actividad en España a partir de que el punto de contacto único le informe de la comunicación efectuada o a más tardar en un plazo de 15 días naturales a partir de la presentación de la información al punto de contacto único (art. 18 y 29 RPSFP y 47 y 49.1 LFFE). De acuerdo con el artículo 12.12 RPSFP España no podría exigir a ese PSFP que presta sus servicios de forma transfronteriza o a escala internacional presencia física en nuestro territorio (por ser Estado distinto del Estado autorizante).

Una vez obtenida dicha autorización preceptiva de la CNMV y tras su constitución e inscripción en el registro público que corresponda según su naturaleza, las PFP serán inscritas en el registro correspondiente de la CNMV, el cual será público y deberá contener los datos actualizados de la denominación social, dirección de dominio de Internet y domicilio social de la plataforma en España, identidad de los administradores y una relación de los socios con participación significativa (art. 48 LFFE). También se inscribirá en el registro unificado de la AEVM (art. 14 RPSFP).

Estas plataformas deberán facilitar a los inversores potenciales toda la información prevista en el artículo 23 del Reglamento (UE) 2020/1503, a través de la Ficha de Datos Fundamentales de la Inversión (FDFI), cuya elaboración corresponde al promotor inmobiliario (*Vid.*, Anexo I del RPSFP relativo a la Ficha de Datos Fundamentales de la Inversión). La responsabilidad por la información que figura en la FDFI, incluida su posible traducción, *recaerá en el promotor del proyecto (persona física)* o en sus órganos de administración, dirección o supervisión, si se trata de una persona jurídica (art. 51.2 y 3 LFFE, que completa lo previsto en el artículo 23.9 y 10 RPSFP).

El promotor del proyecto deberá identificarse en dicha ficha por su nombre y cargo si se trata de una persona física o por su denominación y domicilio social si se trata de una persona jurídica, debiendo adjuntarse una declaración en la que el promotor del proyecto confirme que, hasta donde alcanza su conocimiento, la información contenida en la ficha de datos fundamentales de la inversión *responde a la realidad y no contiene omisiones que puedan afectar a su contenido* (art. 51.2 LFFE). *El promotor responderá civilmente* cuando la información sea engañosa o inexacta y cuando la ficha omita datos fundamentales necesarios para

---

to (UE) 2020/1503 señala que es relativo a los «proveedores  *europeos*  de servicios de financiación participativa para empresas».



ayudar a los inversores a la hora de decidir la participación como financiadores en el proyecto empresarial (art. 51.3 LFFE).

## 4.2 Plataformas no armonizadas

Se trata de plataformas que prestan servicios de financiación participativa de *crowdfunding* inmobiliario en España pero que no están incluidas en el ámbito de aplicación material del Reglamento (UE) 2020/1503 del Parlamento Europeo y del Consejo, al estar incursas en las excepciones previstas en su artículo 1.2.a) y c) RPSFP.

Estas entidades pueden ser *ex* artículo 55.1.a) LFFE aquellas que presten *exclusivamente* servicios de financiación participativa a promotores de proyectos inmobiliarios que sean consumidores según la definición del artículo 3.a) Directiva 2008/48/CE (actualmente, artículo 3.1) Directiva (UE) 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de octubre de 2023 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE, con efectos a partir del 20 de noviembre de 2026 *ex* artículo 47). Por ejemplo, promotores de financiación consumidores que soliciten un préstamo para la adquisición o construcción de su vivienda habitual con garantía hipotecaria sobre la misma. Hay que tener en cuenta que la figura del promotor inmobiliario individual consumidor está contemplada en la Ley de Ordenación de la Edificación (art. 9) <sup>(21)</sup>.

También son plataformas no armonizadas las que intermedien *exclusivamente* ofertas de financiación participativa previstas en el artículo 1.2.c) del RPSFP, esto es, aquellas ofertas para proyectos empresariales inmobiliarios cuyo importe sea superior a 5.000.000 euros, calcula-

---

(21) Como ha señalado la doctrina científica, la remisión de la LFFE al RPSFP para la regulación del *crowdfunding* al consumo es *meramente temporal* dada la publicación de la Directiva 2023/2025 que regula las plataformas de financiación participativa dedicadas al préstamo al consumo, lo que exigirá una nueva legislación española al respecto para la transposición de la Directiva (art. 48 de la Directiva 2023/2025). De acuerdo con el considerando 22 y 25 de la mencionada Directiva 2023/2025 los créditos cuya finalidad sea la reforma de un bien inmueble de uso residencial que supongan un importe total superior a 100.000 euros y que no estén garantizados por hipoteca o por cualquier otra garantía equivalente ni por un derecho relativo a bienes inmuebles, se sujetan a dicha Directiva. Pero si se trata de préstamos a consumidores con garantía hipotecaria o que tengan por finalidad adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Directiva, por lo que deben sujetarse no solo al Reglamento (UE) 2020/1503 (por remisión de la LFFE) y a la LFFE sino también a la Directiva 2014/17UE y su norma de transposición que es la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. En este caso, la garantía hipotecaria puede recaer sobre el bien adquirido por el consumidor mediante el préstamo (p.e., su vivienda habitual), al haber desaparecido la limitación que al respecto establecían los artículos 74 y 87 LFFE, en su redacción originaria.

do a lo largo de un periodo de 12 meses computado en la forma indicada en dicho precepto.

Las plataformas no armonizadas (o sea, las que presten servicios no incluidos en el ámbito de aplicación material del RPSFP) pueden ser reguladas por los Estados a su libre arbitrio. El Estado español, al regular las plataformas no armonizadas ha optado por hacer un reenvío legislativo al Reglamento (UE) 2020/1503 al indicar en el artículo 55.1.b) que estas entidades «se someterán íntegramente al régimen jurídico establecido en el Reglamento (UE) 2020/1503 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de octubre de 2020 y en esta ley». Por lo tanto, a los promotores que soliciten financiación a través de estas plataformas les es exigible la obligación de elaborar una Ficha de Datos Fundamentales de la Inversión con arreglo al artículo 23 del Reglamento (UE) 2020/1503 y a su Anexo, y responderán de la información proporcionada en los términos del artículo 51.3 LFFE.

Las plataformas no armonizadas, en su solicitud de autorización deberán manifestar expresamente su intención de someterse al régimen jurídico previsto en el artículo 55 LFFE. La CNMV será la autoridad competente para su autorización y registro (arts. 47 y 48 LFFE), así como para desempeñar las funciones y obligaciones previstas en el Reglamento (UE) 2020/150390 respecto de los proveedores de servicios de financiación participativa (art. 55.1.d) LFFE). Se inscribirán en un registro específico denominado «Plataformas de Financiación Participativa no armonizadas por la Unión Europea» (art. 55.2 LFFE).

Las plataformas no armonizadas no podrán prestar servicios de financiación participativa de forma transfronteriza conforme a lo dispuesto en el artículo 18 del Reglamento (UE) 2020/1503, pues no tienen un pasaporte europeo, pero sí podrán solicitar autorización para operar en otros Estados miembros a las autoridades competentes de tales estados, sujetándose a su derecho interno.

Estas plataformas no armonizadas que cuentan con autorización española para operar en nuestro territorio deberán informar a sus clientes de que no están autorizadas a prestar sus servicios de financiación participativa de forma transfronteriza. Se trata de una información acerca de la propia plataforma, adicional a la indicada en el artículo 19 del Reglamento UE 2020/1503, que se sujeta al mismo régimen jurídico que tal información básica. Dicha información deberá ser imparcial, clara y no engañosa y ponerse a disposición de todos los clientes en una sección fácilmente accesible del sitio web de la plataforma de financiación participativa y de manera no discriminatoria (es decir, de forma que cualquier cliente promotor o financiador pueda acceder a la misma).



Esta advertencia pone al cliente en condiciones de conocer la estructura de negocio de la plataforma intermediaria a que acude, *su dimensión nacional y localizada*, lo que puede aportar seguridad jurídica tanto al promotor como al inversor al indicar una mayor cercanía, el uso de la lengua nacional, la aplicación del derecho español, etc.

## 5. PLATAFORMAS CON INVERSORES DESESTRUCTURADOS Y PLATAFORMAS CON INVERSORES AGRUPADOS

Cabe distinguir, en función del criterio de agrupación de los inversores, plataformas con inversores desestructurados y plataformas de financiación participativa con inversores agrupados «posibilidad contemplada en la Sección 3.<sup>a</sup>, artículo 56» LFFE y aplicable tanto a las plataformas armonizadas como a las no armonizadas<sup>(22)</sup>.

Según SÁNCHEZ RUIZ, el artículo 56 LFFE permite a las plataformas autorizadas por la CNMV, sean armonizadas o no, utilizar mecanismos, gestionados por la propia plataforma, *para agrupar a los inversores. No se contempla en cambio la posibilidad de utilización de entidades instrumentales gestionadas por el promotor del proyecto inmobiliario. Así se contempla la posibilidad de que la PFP cree una sociedad limitada cuyo objeto sea la tenencia de las participaciones de la sociedad promotora del proyecto* «como vehículo para agrupar a los inversores con la intención de facilitar el gobierno y la toma de decisiones en la sociedad promotora del proyecto ante un elevado número potencial de socios inversores», pudiendo constituir también su objeto social la concesión de préstamos a la entidad promotora<sup>(23)</sup>.

Sin embargo, esta regulación sería difícilmente compatible con las restricciones previstas en el RPSFP para el uso de entidades instrumentales interpuestas entre el promotor y los inversores *ex* artículo 6.3 del RPSFP, el cual parece indicar que solo podrá utilizarse *por el proveedor de servicios de financiación participativa* una entidad instrumental que de forma directa o indirecta sea la propietaria o tenga bajo su control, parcial o total, un determinado activo líquido e indivisible, es decir, que no sea fácilmente divisible sin perder su valor económico esencial y que no pueda convertirse en dinero fácilmente (considerando 22 RPSFP)<sup>(24)</sup>.

(22) TAPIA HERMIDA, *RDMV*, p. 3. *Vid.*, artículo 56 LFFE.

(23) SÁNCHEZ RUIZ, 2024, p. 76.

(24) SÁNCHEZ RUIZ, 2024, p. 77.



Es por este motivo que SÁNCHEZ RUIZ entiende que el ámbito de aplicación del artículo 56 LFFE debería quedar limitado a las plataformas no armonizadas<sup>(25)</sup>.

## 6. EL *CROWDFUNDING* INMOBILIARIO EN EL REGLAMENTO (UE) 2020/1503. RIESGOS QUE PRESENTA

Estudiamos a continuación el régimen jurídico aplicable al *crowdfunding* inmobiliario desarrollado por PFP autorizadas en España por la CNMV, ya sean plataformas armonizadas o no, el cual viene a ser básicamente coincidente en uno y otro caso por la remisión hecha al RPSFP para las plataformas no armonizadas. En concreto, estudiaremos los riesgos que presenta el *crowdfunding* inmobiliario aparte de los riesgos generales que corre todo inversor que participa en las PFP (pérdida total o parcial del dinero invertido, sin que la inversión esté cubierta por los sistemas de garantías de depósitos ni por los sistemas de indemnización de inversores; no obtención de rendimientos; imposibilidad de vender los instrumentos de inversión o que pudiendo venderlos se sufran pérdidas)<sup>(26)</sup>.

El artículo 3.2 del RPSFP señala como principio que debe regir la actuación de los PSFP la actuación de manera «honesta, equitativa y profesional, atendiendo al mejor interés de sus clientes», debiendo llevar a cabo una gestión eficaz y prudente (art. 4 RPSFP), lo que implica establecer sistemas y controles adecuados con objeto de evaluar los *riesgos relacionados con los préstamos propuestos a través de la PFP*.

### 6.1 El riesgo de crédito

Si el PSFP determina el precio de una oferta de financiación participativa (es decir, si fija el tipo de interés que debe abonar el promotor del proyecto a los inversores prestamistas, el cual debe ser justo y adecuado *ex* artículo 4.4.d) RPSFP), debe llevar a cabo una evaluación razonable del riesgo de crédito del proyecto o del promotor del proyecto antes de comunicar la oferta de financiación participativa hecha por el promotor a través de la PFP. También teniendo en cuenta el riesgo de que el promotor del proyecto no efectúe, en el caso de un préstamo, bono u otra forma de

(25) SÁNCHEZ RUIZ, 2024, p. 77.

(26) *Vid.*, artículo 23.6 RPSFP.

deuda titulizada, uno o varios reembolsos en la fecha de vencimiento. Para ello basará dicha evaluación en información suficiente, en particular, la mencionada en el artículo 4.4.b) RPSFP<sup>(27)</sup>.

Además deberá llevar a cabo una valoración de cada préstamo al menos en las circunstancias siguientes: en el momento en que se origine el préstamo (o sea, en el momento en que se produzca la aceptación por el inversor)<sup>(28)</sup>, cuando el PSFP considere que es probable que el promotor no cumpla en su totalidad sus obligaciones de reembolso derivadas del préstamo, sin que el PSFP ejecute la correspondiente garantía o adopte otras medidas de efecto análogo; tras un impago y cuando el PSFP facilite que un prestamista se desprenda del préstamo antes de su fecha de vencimiento (es decir, facilite la cesión del crédito mediante su tablón de anuncios *ex* artículo 25 RPSFP)<sup>(29)</sup>.

## 6.2 El riesgo de existencia de vínculos entre el PSFP y el promotor del proyecto inmobiliario

El artículo 8 del RPSFP se refiere a la prevención de los conflictos de interés lo que también constituye parte de una gestión eficaz y prudente de la PFP (art. 4 RPSFP).

La doctrina ha señalado que el RPSFP «adopta una posición más restrictiva que la establecida tanto en la legislación española como en la mayor parte de las regulaciones nacionales anteriores a su aprobación»<sup>(30)</sup>.

---

(27) Sobre la obligación de evaluar el riesgo de crédito, *Vid.*, CUENA CASAS, *RDBB*, pp. 9-13. La autora diferencia entre evaluación del riesgo de crédito y evaluación de la solvencia. «En la evaluación del riesgo de crédito solo se atiende a la posibilidad de reembolso del deudor y el riesgo de lesión del derecho de crédito del prestamista que en este caso es el inversor», no se trata de prevenir el sobreendeudamiento del prestatario (*Op. cit.*, p. 9 y 10). El artículo 5 RPSFP especifica que una diligencia mínima exigible en relación con el riesgo que presenta el promotor del proyecto incluirá obtener las pruebas de que carece de antecedentes penales por ciertos delitos y que no está establecido en un país o territorio no cooperador, reconocido como tal por la política pertinente de la Unión, ni en un tercer país de alto riesgo [en sentido fiscal] con arreglo al artículo 9.2 de la Directiva (UE) 2015/849. Por lo tanto, parece que es posible que el promotor del proyecto esté establecido en cualquier Estado miembro de la UE o en un país cooperador, o en un tercer país que no sea de alto riesgo. Lo cual convierte al mercado digital de plataformas de la UE diseñado por el Reglamento 2020/1503, en un mercado digital cuasi global, con los riesgos geográficos que ello entraña y a los que me referiré después.

(28) El artículo 2.1.b) RPSFP define el contrato de préstamo. Parece que hay tantos contratos de préstamo como inversores aceptan la oferta de financiación participativa. La garantía real, de haberla, se otorgaría en garantía de la totalidad de los préstamos recibidos.

(29) Los PSFP podrán crear un tablón de anuncios en el que sus clientes puedan anunciar su interés en la compraventa de préstamos y valores. Este tablón no consistirá en un sistema de casación interno de la PFP que ejecute órdenes de compra y venta de los clientes de forma multilateral. Simplemente es un tablón que permite anunciar el interés por vender (p.e., ceder el crédito) o comprar.

(30) SÁNCHEZ RUIZ, 2024, p. 52.

En este sentido el artículo 8.1 RPSFP señala que los PSFP no tendrán participación alguna en las ofertas de financiación participativa que se encuentren en sus plataformas, por lo que la PFP no podrá operar como inversora en proyectos ajenos.

Además los PSFP no aceptarán como promotor del proyecto a ninguna de las siguientes personas: sus socios que posean al menos el 20% del capital social o de los derechos de voto; sus directivos o empleados; ninguna persona física o jurídica vinculada con esos socios, directivos o empleados por control tal como se define en el artículo 4.1.35.b) de la Directiva 2014/65/UE (p.e., empresas filiales de las empresas socias de la PFP)<sup>(31)</sup>.

Sí se admite, en cambio, que sean promotores de proyectos socios cuya participación en la persona jurídica titular de la PFP sea inferior a un 20% del capital social o de los derechos de voto.

Si el PSFP aceptase a las personas mencionadas antes (art. 8.2.1.a), b) y c) RPSFP) como inversores deberá hacer público en su sitio web que aceptan a esas personas como inversores, incluyendo información sobre los proyectos de financiación participativa específicos en los que hayan invertido, y velarán por que dichas inversiones se hagan con arreglo a las mismas condiciones que las de otros inversores, así como por que dicha persona no reciba ningún trato preferente ni tenga acceso privilegiado a información (art. 8.2.2 RPSFP).

Nada se dice de si las PFP pueden publicitar proyectos de *crowdfunding* de sociedades que formen parte de su mismo grupo empresarial (empresas filiales de la PFP matriz), aunque en este caso el conflicto de intereses que se plantearía sería análogo al que genera que los directivos o socios de la PFP (o filiales de estos) publiciten sus propios proyectos, de manera que sería aplicable el artículo 8.2 por analogía<sup>(32)</sup>.

A pesar de estas prohibiciones que establece el RPSFP los conflictos de intereses pueden presentarse. Como se ha señalado, en función del modelo de gestión de la plataforma existen «plataformas independientes gestionadas por operadores ajenos al sector» inmobiliario y «plataformas no independientes que se gestionan por una o varias compañías del sector». En este último caso, esas empresas del sector devienen en gestoras del mercado inmobiliario a través de las plataformas, convirtiéndose a través de los contratos de acceso (mediante los cuales la PFP configura su perfil como operador), en prestador de servicios, regulador, supervisor y autoridad sancionadora, pudiendo además tener participación en empresas promotoras (ajenas a su grupo empresarial) que concurren a la PFP, con los evidentes conflictos de intereses que todo ello

(31) *Vid.*, artículo 12.1.m) RPSFP.

(32) MORENO SERRANO, *ACR*, pp. 128, 132-133.

plantea (en detrimento de otros operadores más reducidos o no participados)<sup>(33)</sup>.

Es por este motivo que ha de estar limitada la posibilidad de las PFP que intermedian en *crowdfunding inmobiliario* de predisponer el clausulado de los contratos de acceso con los usuarios (contratos de mediación) así como la posibilidad de la PFP de influir en el clausulado de los contratos de préstamo que realicen entre sí los usuarios. Se trata de evitar que los PSFP devengan en «micro – estados» que determinen el ordenamiento jurídico de un sector del mercado. Esta tarea corresponde a los Estados miembros en los cuales operen las PFP pues el RPSFP tiene una finalidad distinta como se desprende del artículo 1.1 RPSFP.

Finalmente, no queda claro si el RPSFP permite o no la autopromoción o *crowdfunding inmobiliario directo*. Algunos autores entienden que el RPSFP prohíbe el *crowdfunding* directo<sup>(34)</sup>, pero el artículo 3.6 RPSFP daría a entender lo contrario al afirmar «cuando se utilice una entidad instrumental para la prestación de servicios de financiación participativa, solo podrá ofrecerse a través de dicha entidad instrumental un activo no líquido o indivisible»<sup>(35)</sup>.

Parece, pues, que la entidad instrumental lo es de la PFP por lo que ésta puede ser promotora de sus propios proyectos inmobiliarios, *lo que puede generar conflicto de intereses con los promotores externos, y afectar a la obligación del PSFP de actuar «de manera honesta, equitativa y profesional, atendiendo al mejor interés de sus clientes»* (art. 3.2 RPSFP).

---

(33) Cfr., RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, 2022, pp. 301-303. Sobre la naturaleza jurídica del contrato de acceso a la plataforma, *Id.*, CUENA CASAS, CDT, pp. 328-334. La actividad de gestión de la plataforma el operador la realiza en el marco definido por el contrato de acceso a la plataforma. Según el modelo de negocio las plataformas asumen las siguientes funciones: «prestar servicios a los usuarios (prestador de servicios), adoptar las normas internas que regulan la actuación de los usuarios y la interacción entre ellos (regulador), supervisar el cumplimiento de estas normas (supervisor) y aplicar las sanciones previstas de conformidad con la política interna de infracciones y sanciones [autoridad sancionadora]. Cada plataforma configura contractualmente el perfil de su operador conforme a los rasgos indicados y mediante el contrato de acceso. Esta configuración funcional forma parte de la estrategia empresarial y define el modelo de negocio que soporta cada plataforma». (RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, 2022, pp. 312-313).

(34) *Id.*, MORENO SERRANO, RECR, p. 56. En la misma línea, GARCÍA TERUEL, *Hosing*, p. 27, quien encuentra la confirmación de la prohibición de la autopromoción en el considerando 26 del RPSFP.

(35) Como señala SÁNCHEZ RUIZ, «la expresión “para la prestación” de estos servicios parece indicar que la regulación del Reglamento se refiere a la utilización de este tipo de vehículos por el propio proveedor de servicios de financiación participativa» (SÁNCHEZ RUIZ, 2024, p. 102). Este *Especial Purpose Vehicle* emite los valores negociables o las participaciones sociales que son adquiridas por los inversores por lo que no está presente en la financiación participativa basada en préstamos. A través de esta entidad solo puede ofrecerse un activo no líquido o indivisible, en el cual adquieren una participación los inversores, activo que es propiedad de la sociedad instrumental (SÁNCHEZ RUIZ, 2024, pp. 98-103).

### 6.3 Los riesgos geográficos

El Anexo I del RPSFP desarrolla el contenido que debe incorporar la Ficha de Datos Fundamentales de la Inversión (FDFI).

La información se estructura en diversas partes (desde la *Parte A* hasta la *Parte D*), dedicando la *Parte A* a la información sobre el promotor del proyecto y el proyecto de financiación participativa, incluyendo la «descripción del proyecto de financiación participativa, incluidas su finalidad y características principales», y la *Parte C*, a los factores de riesgo. En esta *Parte C*, el Anexo I señala que el promotor deberá realizar una «exposición de los principales riesgos asociados con la financiación del proyecto de financiación participativa, el sector, el proyecto, el promotor del proyecto, los valores negociables y los instrumentos admitidos para la financiación participativa o los préstamos, incluidos, en su caso los riesgos geográficos»<sup>(36)</sup>.

Un riesgo particularmente presente en el *crowdfunding* inmobiliario es el riesgo geográfico. Por hipótesis cabe que el inmueble a que se refiera el proyecto inmobiliario radique en cualquier parte del mundo, en España, en territorio de la UE, o fuera de la UE.

La cuestión que se plantea es que la transmisión de derechos reales se rige por la *lex rei sitae* (ley del lugar donde radique el inmueble), por lo tanto, para constituir garantía hipotecaria sobre el inmueble objeto del proyecto hay que atender a dicha ley, lo que puede originar que el constituyente de la hipoteca (el promotor inmobiliario) y los acreedores hipotecarios (la multitud de inversores) desconozcan dicha normativa y no tengan claras las consecuencias legales y económicas de la constitución de la garantía o de su realización forzosa en caso de incumplimiento del préstamo<sup>(37)</sup>.

Por otro lado, también cabe que previamente deba adquirirse el inmueble objeto del proyecto inmobiliario (para su posterior alquiler, rehabilitación etc.). En este caso hay que tener en cuenta que en relación con los modos de adquirir la propiedad que tienen su fuente en un acto jurídico (p.e., contrato) sujeto a una ley propia, cuando la transferencia de propiedad se regula separadamente del contrato (como en el caso español de teoría del título y modo) «será necesario coordinar ambas leyes ... la

---

(36) El Reglamento Delegado (UE) 2022/2119 de la Comisión de 13 de julio de 2022, completa el RPSFP en lo relativo a normas técnicas para la elaboración de la ficha de datos fundamentales de la inversión. Este documento cumple en cierta medida en el ámbito de la financiación participativa las funciones que en los mercados de valores desarrolla el folleto «que debe publicarse cuando se realiza una oferta pública (o admisión a cotización de valores», pero a diferencia del folleto, no requiere aprobación previa de la CNMV. (SÁNCHEZ RUIZ, 2024, pp. 57 y notas 148 y 149).

(37) SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, 2018, pp. 111-119.



*lex rei sitae* debe decidir si el contrato en cuestión tiene o no efecto adquisitivo; si es o no el contrato el único requisito para la transferencia del título [de propiedad]; igualmente regulará el acto de la entrega de la cosa así como los requisitos de publicidad. Por el contrario, será la ley del contrato la que regule la validez del mismo, su posible anulación, rescisión, etc., y también la transmisión de riesgos»<sup>(38)</sup>.

Todo lo cual genera una incertidumbre en cuanto a la seguridad de las transacciones que son la base del proyecto inmobiliario y constituyen por lo tanto, riesgos geográficos.

En el Derecho Internacional Privado español el artículo 10.1 del Código Civil recoge el criterio de la *lex rei sitae* para determinar la ley reguladora de los derechos reales sobre bienes inmuebles al señalar que «la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, *se regirán* por la ley del lugar donde se *hallen*».

«El Derecho de la UE no contiene ninguna regla sobre la ley aplicable a los derechos reales y a su publicidad. Por ello esta cuestión queda enteramente en manos de cada Estado Miembro; así, el artículo 345 TFUE indica, en efecto, que «los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros»<sup>(39)</sup>.

La *lex rei sitae* regula no solo el sistema de adquisición, constitución, modificación, transmisión, pérdida y extinción de los derechos reales, sino también «la duración, contenido y efectos del derecho real», «los medios jurídicos de defensa de la propiedad o la posesión», las facultades del titular del derecho y «las limitaciones, deberes y cargas que recaen sobre el titular del derecho real», así como «el alcance del derecho real frente a terceros» y la «publicidad de los actos de constitución, transmisión y extinción de los derechos reales constituidos» sobre inmuebles «Cuando se trate de una publicidad mediante inscripción, la ley aplicable al bien rige las condiciones de acceso al Registro de los documentos en los que consta la transmisión de la propiedad»<sup>(40)</sup>.

Los aspectos obligacionales del contrato por el que se transmita la propiedad (normalmente en nuestro caso será una compraventa) se rigen de acuerdo con el Derecho Internacional Privado español por «la ley determinada según las normas del Reglamento «Roma I», mientras que los aspectos reales se rigen por la *lex rei sitae*, o sea, por la ley española si el

(38) ABARCA JUNCO, 2008, p. 356.

(39) ORTEGA JIMÉNEZ, 2023, p. 242. No obstante, la *lex rei sitae*, es «una de las reglas más antiguas del Derecho internacional privado», y es acogida en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, lo que facilita la identificación de la ley aplicable. (ORTEGA GIMÉNEZ, 2023, pp. 242-244).

(40) ORTEGA GIMÉNEZ, 2023, pp. 258-259.

inmueble radica en España, así como las condiciones para hacer inatacable la adquisición (en caso de adquisición *a non domino*)<sup>(41)</sup>.

Por lo tanto, la inscripción del inmueble adquirido y de la garantía hipotecaria deberá realizarse en el Registro de la Propiedad del país donde radique el inmueble. Pero los regímenes inmobiliarios en el ámbito del Derecho Comparado son muy diferentes en cuanto a los efectos que produce la inscripción en tales registros y, por lo tanto, en lo referente a la protección que dispensan al adquirente. Todo ello genera gran inseguridad para el inversor, ante el riesgo de reivindicación por el verdadero dueño. Así, no obtendría la misma protección el adquirente en un sistema de mera inoponibilidad de lo no inscrito a lo inscrito (como el francés o el belga) que en un sistema de fe pública registral (como el español o el alemán)<sup>(42)</sup>.

El riesgo geográfico también se manifiesta en cuanto a la incertidumbre sobre la ley aplicable a los contratos que celebran entre sí inversores y promotores con la plataforma (contrato de mediación) e inversores y promotor (contrato de préstamo con garantía hipotecaria sobre el inmueble objeto de la promoción).

La doctrina distingue según en estas relaciones contractuales medie o no un consumidor.

*Si no media un consumidor*, el contrato que celebre el PSFP y el promotor así como el contrato que celebre el inversor con el PSFP, siempre que el tribunal competente para conocer de la demanda sea un tribunal europeo, se sujetará a la ley determinada por el Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), salvo que el conflicto se esté dirimiendo ante tribunales daneses, los cuales aplican el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 18 de junio de 1980 (Convenio de Roma de 1980). Según el artículo 3 RRI la ley aplicable será la elegida por las partes de común acuerdo, normalmente la ley del país donde tiene su establecimiento el PSFP. En su defecto, se aplica la ley de la residencia habitual del prestador del servicio (que es el PSFP), es decir, el lugar en que el PSFP tiene su administración central (art. 4.1.b) y 19 RRI), salvo que el contrato presente vínculos más estrechos con otro Estado distinto, en cuyo caso se aplicará la ley de dicho Estado<sup>(43)</sup>. A esta ley habrá que añadir, de acuerdo con el artículo 9 RRI, las leyes de policía, que son «normas imperativas del foro» (art. 9.2 RRI). Las leyes que regulan el mercado financiero son leyes de policía y por ello cuando el tribunal com-

(41) ORTEGA GIMÉNEZ, 2023, p. 263.

(42) SÁNCHEZ CALERO, y SÁNCHEZ-CALERO ARRIAS, 2019, pp. 26-29. Sobre los distintos sistemas registrales en el Derecho Comparado, *vid.*, GORDILLO CAÑAS, y ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2021, pp. 71-125.

(43) RODRÍGUEZ RODRIGO, 2020, pp. 687-688.

petente sea un tribunal español, deberá aplicar junto a la ley rectora del contrato, la LFFE<sup>(44)</sup>.

En el caso del contrato entre el promotor del proyecto y el inversor (prestamista), si hay elección de ley por las partes, normalmente se elige la ley del país de la sede del promotor. Si se trata de promotores inmobiliarios con sede en España sería de aplicación el Código Civil (arts. 1740 y 1753 a 1757 CC) y, en su caso, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario<sup>(45)</sup>. En su defecto, de acuerdo con el artículo 4.1.b) RRI como el prestador del servicio será el inversor, la ley aplicable sería la de la residencia habitual de cada uno de los inversores, por lo que en opinión de la doctrina sería aconsejable para el promotor inmobiliario «pactar la misma ley aplicable en sus relaciones con todos los inversores»<sup>(46)</sup>.

*Si media un consumidor*; hay que tener presente que «según el artículo 6 del Reglamento de ley aplicable, el contrato de consumidores es aquel en el que una persona física – *consumidor* – contrata para un uso que puede considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional, con otra persona física o jurídica – *profesional* – que actúa en el ejercicio de su actividad comercial o profesional». En estos casos «cuando el profesional ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual o cuando por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades, la ley aplicable será la de la residencia habitual del consumidor (art. 6.1 RRI)». Ello en defecto de elección de ley en virtud del artículo 3 RRI, lo que no

(44) RODRÍGUEZ RODRIGO, 2020, pp. 688-690.

(45) Como señala el artículo 2.1 de la Ley 5/2019, esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, entendiéndose que tal actividad se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o *«aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora»*. Sobre la aplicabilidad de la Ley 5/2019 al *crowdfunding* inmobiliario financiado mediante préstamos, *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2022, pp. 426-432. Al menos para las plataformas no armonizadas, la Ley 5/2019 también será aplicable al PSFP que de acuerdo con el artículo 4.5 Ley 5/2019 se considera intermediario de crédito inmobiliario, siempre que hablemos de intermediación en préstamos a promotores inmobiliarios personas físicas (consumidores o empresarios individuales). Por este motivo, para poder intermediar en el *crowdfunding* inmobiliario de préstamos de los artículos 2.1.a) y b) de la Ley 5/2019 las PFP deberán cumplir con el requisito de inscripción en un registro de intermediarios de crédito (art. 27.1 y 28 Ley 5/2019). *Vid.*, más extensamente JIMÉNEZ PARÍS, 2022, pp. 433-436. Según MORALES SABALETE «del enrevesado texto de la LCCI parece desprenderse que el Registro de Intermediarios de Crédito al que deben inscribirse los intermediarios afectos a esta Ley es el mismo creado por el Real Decreto 106/2011, de 28 de enero» pasando este registro ahora a estar bajo la supervisión del Banco de España (y no del Instituto Nacional de Consumo), el cual ha regulado a través de la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, los requisitos necesarios para la inscripción (MORALES SABALETE, 2019, pp. 14 y 16-17).

(46) RODRÍGUEZ RODRIGO, 2020, pp. 690-692.



puede impedir la aplicación de las normas de protección del consumidor del Estado de residencia habitual de éste (art. 6.2 RRI). Estas reglas del RRI permiten determinar tanto la ley aplicable al contrato entre PSFP y consumidor, como al contrato de préstamo entre consumidor (inversor) y promotor inmobiliario<sup>(47)</sup>.

Como señala RODRÍGUEZ RODRIGO «si ya la contratación interna conlleva una serie de riesgos, la contratación internacional, y mucho más si se desarrolla de manera *on line*, genera mayor inseguridad. La incertidumbre, entre otras razones, de no tener seguro que los tribunales competentes van a ser los propios y que el Derecho aplicable va a ser, también, el nacional, el conocido por la parte en cuestión, aumenta la inseguridad y los riesgos. Dicho de otra manera, si las obligaciones contractuales son cumplidas por ambas partes, no se planteará ningún problema jurídico entre ellas, sin embargo, si alguna de las partes no cumple con alguno de sus compromisos contractuales, surgirá la incertidumbre y la inseguridad determinados por el desconocimiento, *a priori*, de la jurisdicción competente y de la ley aplicable»<sup>(48)</sup>.

A estos riesgos geográficos, se añade el riesgo de que el inmueble objeto del proyecto inmobiliario llegue a adquirirse efectivamente en el lugar de su ubicación (con arreglo al sistema de transmisión inmobiliaria determinado por la *lex rei sitae*), y el riesgo jurídico de reivindicación o sea de que la adquisición no sea inatacable con arreglo al sistema registral del país de ubicación del inmueble<sup>(49)</sup>. A estos efectos hay que tener presente que el principio de inoponibilidad de lo no inscrito a lo inscrito (propio del sistema francés, belga o italiano) no dispensa protección frente a la nulidad o falsedad del título del transferente.

Finalmente existen el riesgo de despersonalización y de anonimato que supone la contratación electrónica, pues el promotor inmobiliario puede ser una empresa de base tecnológica con la que se entra en contacto a través de otra empresa también de base tecnológica que es la PFP, y el riesgo de que el inmueble no pueda ser visualizado físicamente por los inversores (pensemos en un inmueble que se encuentre en el otro hemisferio).

Por ello pienso que el RPSFP debería contemplar como regla para el *crowdfunding* inmobiliario desarrollado por plataformas armonizadas, y la ley española para las plataformas no armonizadas, que los proyectos

(47) RODRÍGUEZ RODRIGO, 2020, pp. 692-693.

(48) RODRÍGUEZ RODRIGO, 2020, p. 694.

(49) Sobre el riesgo de reivindicación del inmueble adquirido, *vid.* JIMÉNEZ PARÍS, 2022, pp. 419-421 y STS 621/2024, de 8 de mayo de 2024, comentada por VELA TORRES, 2024, pp. 1-7. Sobre la tesis monista del tercero hipotecario, *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2005 y JIMÉNEZ PARÍS <https://hdl.handle.net/20.500.14352/39431>. Más resumidamente, JIMÉNEZ PARÍS, 2007. Sobre el momento de la buena fe, *Vid.*, Jiménez París, 2006.

inmobiliarios a publicitar en PFP se limitasen a inmuebles radicados en el país donde el PSFP desarrolla sus actividades (que por fuerza será un país de la UE) o en España, respectivamente, de manera que los inversores puedan comprobar más fácilmente que existen, que se rehabilitan o que se construyen.

De todos estos riesgos deberá informar cumplidamente el promotor inmobiliario que solicita financiación a través de una PFP, tal y como exige el Anexo I, *Parte C* y el artículo 23.6.a) RPSFP siendo responsables los promotores inmobiliarios de la información suministrada con arreglo al artículo 23.1.10 RPSFP. A este respecto, como «el régimen de responsabilidad deberá integrarse con las normas nacionales en materia de responsabilidad civil» y se trata de «una responsabilidad contractual cuyo presupuesto es el incumplimiento inexcusable, por parte de las personas físicas o jurídicas responsables (es decir, el propio promotor o quienes actúen en su nombre) de las obligaciones de información impuestas al promotor ... alcanzará todos los daños y perjuicios causados... como consecuencia de las deficiencias de información contenidas en la ficha»<sup>(50)</sup>.

Es decir, la aplicación de la ley al contrato entre inversor y promotor determinada con arreglo a las normas de Derecho Internacional Privado que hemos señalado antes, debe conjugarse con las normas de responsabilidad contractual que establezcan las normativas internas de desarrollo del RPSFP, que son «normas imperativas del foro», por regular el mercado financiero (art. 9.2). Por ello cuando el tribunal competente sea un tribunal español, deberá aplicar junto a la ley rectora del contrato, la LFFE (art. 51) que regula dicha responsabilidad del promotor<sup>(51)</sup>.

## 7. CONCLUSIÓN

La compraventa de vivienda habitual puede verificarse mediante un préstamo hipotecario obtenido a través de una PFP no armonizada, que ponga en contacto a una multiplicidad de inversores con un consumidor. Dicho contrato de préstamo quedará sujeto a la Ley 5/2019, pudiendo la hipoteca gravar el inmueble adquirido al no impedirlo la nueva redacción de la Ley 5/2015 ni el RPSFP al que remite. Este tipo de *crowdfunding* no

(50) SÁNCHEZ RUIZ, 2024, p. 115.

(51) Sobre el contenido de la Ficha de Datos Fundamentales de la Inversión, *vid.*, SÁNCHEZ RUIZ, 2024, pp. 108-113. Sobre la responsabilidad del PSFP por la información contenida en la Ficha de Datos Fundamentales de la Inversión, *vid.*, HERNÁNDEZ SAINZ, 2023, pp. 347-391.



es propiamente *crowdfunding* inmobiliario, sino *crowdfunding* de consumo en la medida en que aquél se refiere a proyectos empresariales.

Los proyectos empresariales de *crowdfunding* inmobiliario pueden financiarse a través de plataformas armonizadas o no armonizadas en función del importe necesario para el desarrollo del proyecto.

Si la plataforma que intermedia en *crowdfunding* inmobiliario es una empresa del sector inmobiliario y realiza actividades de autopromoción, se corre el riesgo de que las plataformas inmobiliarias controlen el precio del mercado de la vivienda y del alquiler, además del mercado de la financiación a promotores externos, lo que afecta a aquél. Por ello, no debería permitirse que las plataformas que intermedian en *crowdfunding* inmobiliario realicen actividades de autopromoción siendo preferible que fueran gestionadas por empresas ajenas al sector inmobiliario.

No tiene sentido que la compraventa de viviendas de segunda mano (normalmente verificada entre particulares) termine siendo acaparada por los proyectos inmobiliarios participativos, de manera que la venta o el arriendo verificado tras la rehabilitación del inmueble sea efectuado por una persona jurídica, lo que conllevaría que siempre existiría una «intermediación» de una empresa inmobiliaria en este tipo de transacciones. Lo deseable sería que el *crowdfunding* inmobiliario intermediado quedase circunscrito a proyectos de construcción y posterior venta o alquiler de inmuebles, pero no a proyectos de adquisición y posterior venta o alquiler. De este modo, el promotor inmobiliario optaría por financiarse vía bancaria o vía *crowdfunding*, pero el mercado de vivienda de inmuebles de segunda mano quedaría en manos de los particulares. En todo caso, pienso que debería prohibirse la solicitud de financiación para comprar inmuebles en subasta, por la distorsión que ello podría producir en el ámbito de las ejecuciones de inmuebles.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABARCA JUNCO, A. P. (Dir.). *Derecho internacional privado. Vol. II. Derecho Civil internacional*, Madrid, 2008.
- CUENA CASAS, M., «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, pp. 283-348.
- «Prestamos en masa o ‘crowdlending’ y responsabilidad del operador de la plataforma», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2023, pp. 1-29 (formato PDF).
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.<sup>a</sup> D., y HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.<sup>a</sup> D., «Capítulo 1. Derecho Civil de la Unión Europea», *Derecho Civil de la Unión Europea*, Valencia, 2024, pp. 31-52.



- GARCÍA OCHOA MAYOR, D., y NARVÁEZ BARBA, I., «Economía colaborativa y financiación», *Diario La Ley*, 2016, pp. 1-14 (formato PDF).
- GARCÍA TERUEL, R. M., «Una primera aproximación al nuevo Reglamento UE 2020/1503: ¿cómo afecta al *crowdfunding* inmobiliario?», *Housing, Revista de la Cátedra de Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili*, 2020, pp. 24-29.
- GORDILLO CAÑAS, A., y ESPEJO LERDO DE TEJADA, E., «El Registro de la Propiedad español», *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral*, Valencia, 2021.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.<sup>a</sup> D., «Capítulo II. Las fuentes del Derecho», *Derecho Civil de la Unión Europea*, Valencia, 2024, pp. 53-83.
- HERNÁNDEZ SAINZ, E., «El *crowdfunding* inmobiliario mediante contratos de cuentas en participación: una fórmula de inversión participativa ¿legal o prohibida?», *Revista de Estudios Europeos*, 2017, pp. 126-146.
- «*Crowdfunding* inmobiliario. Alternativas para su articulación jurídica y riesgos para el inversor», *Nuevas vías de acceso a la vivienda*, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 229-284.
- «Responsabilidad civil del PSFP en caso de omisiones, inexactitudes o falsedades en la ficha de datos fundamentales de la inversión facilitada al inversor en las operaciones de captación de capital a través de una plataforma de financiación participativa (*equity crowdfunding*)», *La responsabilidad por servicios de intermediación prestados por plataformas digitales*, La Coruña, 2023, pp. 348-391.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A., *El tercero del artículo 32 de la Ley Hipotecaria*. Tesis Doctoral. Dirigida por M. García Amigo. Madrid, 2004, <https://hdl.handle.net/20.500.14352/39431>.
- *El tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria*. Madrid, 2005.
- *El momento de la buena fe*. Madrid, 2006.
- «Nuevos aspectos del monismo hipotecario», *Diario La Ley*, núm. 6831, 2007.
- «La financiación de la actividad inmobiliaria a través de plataformas de *crowdfunding* inmobiliario», «Nuevo» *derecho de propiedad inmobiliaria en Iberoamérica*, Valencia, 2022, pp. 411-440.
- LÓPEZ ORTEGA, R., «Las plataformas de financiación participativa (*crowdfunding*) en la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2016, pp. 1-24 (formato PDF).
- MALDONADO RAMOS, I., «El *crowdfunding* inmobiliario, ¿colectivización de la propiedad?», *El Notario del Siglo XXI*, 2018, pp. 25-27.
- MORALES SABALETE, M., «Los intermediarios de crédito inmobiliario en la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario» [https://www.agmabogados.com/wp-content/uploads/2019/09/AGM\\_PDF-intermediarios-credito-inmobiliario\\_Inmuble\\_miquel-morales\\_sep19.pdf](https://www.agmabogados.com/wp-content/uploads/2019/09/AGM_PDF-intermediarios-credito-inmobiliario_Inmuble_miquel-morales_sep19.pdf).
- MORENO SERRANO, E., «La incidencia del *crowdfunding* inmobiliario en el desarrollo de las formas alternativas de financiación colectiva», *Anuario de Capital Riesgo*, 2017, pp. 119-142, disponible en <http://www.incari.org/index.php/es/anuario-capital-riesgo>.
- «La armonización del *crowdfunding* de inversión», *Revista Española de Capital Riesgo*, 2022-2023, pp. 43-64.

- ORTEGA GIMÉNEZ, A., «Los derechos reales en el Derecho internacional privado», *Derechos reales. (Tratado práctico interdisciplinar)*, Valencia, 2023, pp. 231-264.
- RODRÍGUEZ RODRIGO, J., «Crowdfunding y Derecho Internacional Privado», *Aspectos legales de la financiación en masa o crowdfunding*, Valencia, 2020, pp. 669-695.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «La contratación inmobiliaria en plataformas», «Nuevo» *derecho de propiedad inmobiliaria en Iberoamérica*, Valencia, 2022, pp. 295-318.
- SÁNCHEZ CALERO, F. J., y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*, Valencia, 2019.
- SÁNCHEZ PADRÓN, L. A., «Instrumentos alternativos de financiación para las cooperativas españolas», *Revista de Estudios cooperativos*, 2016, pp. 285-313.
- SÁNCHEZ RUIZ, M., *Financiación participativa de inversión: el promotor del proyecto*, Las Rozas (Madrid), 2024.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «Plataformas de financiación participativa: una alternativa a la financiación bancaria que facilita también la contratación inmobiliaria e hipotecaria transfronteriza», *La contratación inmobiliaria e hipotecaria transfronteriza*, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 35-145.
- TAPIA HERMIDA, A. J., «La nueva regulación europea y española de los servicios y de las plataformas de financiación participativa (*crowdfunding*)», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 2022, pp. 1-25 (formato PDF).
- VELA TORRES, P. J., «Tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (LH). Cumplimiento del requisito de haber adquirido de un titular inscrito», *Diario La Ley*, 2024, pp. 1-7 (formato PDF).



VIII

VIVIENDA HABITUAL  
Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

## A. Los principios hipotecarios y la problemática de la vivienda

**Diego Vigil de Quiñones Otero**

*Registrador de la Propiedad*

*Doctor en Derecho*

*Universidad Complutense de Madrid (IEB)*

*dvigil@registradores.org*

**Resumen.**— *Los principios hipotecarios nos sirven de guía para comprobar algunas deficiencias de nuestro sistema registral. El control de legalidad se va adaptando a nuevas necesidades al exigir mayorías vecinales en relación a pisos turísticos, pero padece la deficiente regulación de la causa. La prioridad vive de soluciones doctrinales no previstas en la ley. La especialidad de las inscripciones tiende a la expansión, siendo los arrendamientos una asignatura pendiente. Los efectos del Registro siguen siendo discutidos, la buena fe interpretada de modo anacrónico, las cargas legales no se reflejan en el Registro, y la conexión de la fe pública con los arrendamientos resulta insuficiente.*

**Palabras clave:** *legalidad, causa, prioridad, arrendamientos, inscripción, buena fe, cargas.*

**Abstract:** *The mortgage principles serve as a guide to check some deficiencies of our registry system. The control of legality is adapting to new needs by requiring neighbourhood majorities in relation to tourist flats, but suffers from the deficient regulation of the cause. Priority is based on doctrinal solutions not provided for in the law. The speciality of registrations tends to expand, with leases being a pending subject. The effects of the Register are still disputed, good faith is interpreted in an anachronistic way, legal charges are not reflected in the Register, and the connection of public faith with leases is insufficient.*

**Keywords:** *legality, cause, priority, leases, registration, good faith, encumbrances.*

**Sumario:** 1. Idea de los principios hipotecarios y su relación con la vivienda. 2. El principio de legalidad. 2.1 Idea general. 2.2 La reducción de mayorías necesarias en las comunidades de vecinos. 2.3 El problema de la causa. 2.4 La evolución sobre el control de cláusulas. 3. El principio de prioridad y su problemática en la contratación inmobiliaria. 4. El principio de especialidad. 4.1 La tendencia a la ampliación del titular registral. 4.2 En concreto, el problema de las sociedades civiles. 4.3 La tendencia a la ampliación de la materia registrable. 4.4 El problema de los arrendamientos. 5. El principio de publicidad. 5.1 El carácter de la inscripción y las disputas doctrinales sobre la misma. 5.2 El problema de las cargas legales. 5.3 Disputas interpretativas sobre el principio de fe pública. 5.4 La fe pública registral frente a los arrendamientos. 6. Conclusiones. Bibliografía.

## 1. IDEA DE LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS Y SU RELACIÓN CON LA VIVIENDA

Ofrecer un panorama de conjunto acerca de la relación del Derecho registral con la vivienda requiere de un sistema. Uno de los muchos posibles, es seguir el sistema de principios, que tal vez es la forma de exposición más clara del Derecho registral que hemos alcanzado en nuestra ciencia jurídica patria<sup>(1)</sup>. En palabras de Lacruz y Sancho, los principios

---

(1) El origen de los principios hipotecarios se debe a don GONZÁLEZ, J., quien procurando llamar la atención sobre los principales problemas que originaba el Registro de la Propiedad conectándolos con la «corriente originaria» que inspiró nuestra legislación (la publicidad registral alemana), redactó una serie de trabajos que pronunció como conferencias en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Madrid. Los escritos de don Jerónimo sobre los principios fueron publicados en Madrid en 1924 como *Estudios de Derecho Hipotecario (orígenes, sistema y fuentes)*. Más adelante, la Asociación de Registradores

hipotecarios son «aquellas reglas más generales de la legislación hipotecaria española, formuladas directamente en ella u obtenidas por inducción de sus preceptos, que dan a conocer las líneas esenciales, lo que podríamos llamar las “ideas-fuerza”, de nuestro ordenamiento inmobiliario registral»<sup>(2)</sup>. Son diversas las clasificaciones que se pueden establecer de los principios<sup>(3)</sup>. Pensando en la finalidad práctica de conocer las líneas básicas del Registro, los reduje a seis y los presenté en el orden en que intervienen en el procedimiento registral<sup>(4)</sup> en un pequeño manual para universitarios y abogados<sup>(5)</sup>: rogación, legalidad, prioridad, especialidad, tracto sucesivo y publicidad.

Dichos principios pueden servirnos de guía para analizar algunos problemas relevantes en los que el Derecho registral inmobiliario ha experimentado cambios en los últimos años relacionados con la vivienda, planteando retos dogmáticos<sup>(6)</sup>. De los mismos, nos vamos a centrar en el de legalidad, el de prioridad, el de especialidad y el de publicidad, pues el de rogación no plantea grandes problemas para facilitar el acceso a la vivienda que no hayan sido debidamente abordados en la Ley 11/2023, y el de tracto sucesivo tampoco presenta peculiaridades y las que presenta están relacionadas con la prioridad.

## 2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

### 2.1 Idea general

Es el principio en virtud del cual lo inscrito en el Registro debe ser conforme a la Ley. Consecuencia de éste principio no cabe inscribir en el Registro ningún título (calificación de entrada, artículo 18 LH) ni obtener información actualizada de la finca (calificación de salida, artículo 222.6 LH), sin que previamente se produzca la calificación del mismo título o la actualización del derecho del cual se informa por el Registrador. Entendemos

---

de la Propiedad –antecesora del actual Colegio profesional–, publicó *Principios hipotecarios* (Madrid 1931). Dichos trabajos se recogen hoy en GONZÁLEZ MARTÍNEZ, 2011. El sistema de principios ha sido seguido por grandes tratadistas como ROCA SASTRE o GARCÍA GARCÍA, ha servido en su tratamiento del Registro a GORDILLO CAÑAS, y sirve al último Manual publicado en la materia (MURGA-VIGIL, 2024).

(2) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, 1984.

(3) Resultan muy ricas las que hacen GORDILLO CAÑAS (*ADC*, 1988, pp. 423-632) y GARCÍA GARCÍA (1988).

(4) Se podría establecer otro orden, pero éste es el que creo que resulta más sencillo para un usuario medio que tenga conocimientos de Derecho: considerar los principios a partir de los problemas.

(5) VIGIL DE QUINONES OTERO, 2015.

(6) He analizado de modo más extenso algunos de los temas que aquí se van a plantear en VIGIL DE QUINONES OTERO, 2018, pp. 723-749.



calificar como «determinar si el acto o contrato (título tanto en sentido formal como en sentido material), presentado al Registro de la Propiedad, reúne o no los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para su validez y para su eficacia frente a terceros, con la finalidad de que solo tengan acceso, y por tanto la protección del sistema, los títulos válidos y perfectos» (Gómez Gállico)<sup>(7)</sup>. La de calificar es una potestad pública de decisión jurídica, un potestad administrativa de resolución, que permite al Registrador decidir sobre las pretensiones de inscripción (De Pablo Contreras)<sup>(8)</sup>. Se trata de una calificación de un órgano que no ha sido autor del documento y que mira no solo a las relaciones *inter partes*, sino también a los efectos respecto de terceros (García García)<sup>(9)</sup>, procurando la protección de los afectados por la inscripción, (Guilarte y Raga)<sup>(10)</sup>: *quod omnes tangit ab omnibus approbetur*. Ello es lo que determina que se pida la intervención de la comunidad de vecinos cuando se pretende la modificación de un elemento en el régimen de propiedad horizontal (*cf*: artículos 5, 10, 17 LPH), o la intervención de la Junta General de la sociedad de capital en ciertos casos (*cf*: artículos 72 y 160 Ley de Sociedades de capital). Del mismo modo, sin llegar a exigir un consentimiento, se procura que no se inscriban ciertos actos si no consta la notificación que permita la intervención de terceros interesados, tales como el arrendatario de la finca inscrita (art. 25 Ley de Arrendamientos Urbanos, artículo 22 Ley de Arrendamientos Rústicos). Ello es lo que precisa también la intervención de la Administración, cuando hay interés público (*cf*: artículos 17 y 20 Ley Suelo).

## 2.2 La reducción de mayorías necesarias en las comunidades de vecinos

Por lo que se refiere a éstos afectados que deben consentir, es interesante señalar en el ámbito de la vivienda que las últimas reformas (ley 8/2013, de 26 de Junio) han establecido la necesidad de autorización administrativa para dividir, segregar y agregar pisos y locales (*cf*: artículo 10.3.b LPH), pero han suavizado las exigencias en cuanto a las mayorías necesarias (se admite 3/5) en la Junta de Propietarios. Una mayoría cualificada, pero alejada de la unanimidad, que también se ha establecido (RDL 7/2019) para permitir a las comunidades de vecinos limitar

(7) GÓMEZ GÁLIGO, J. 2009, p. 1577.

(8) DE PABLO CONTRERAS, 2014, p. 103.

(9) GARCÍA GARCÍA, J. M., 1988, p. 552.

(10) GUILARTE GUTIÉRREZ, V., y RAGA SASTRE, N., 2010, pp. 93 ss.



estatutariamente la vivienda turística<sup>(11)</sup>. De estos aspectos se encarga el Dr. MURGA en el capítulo VIII.c de este Tratado.

### 2.3 El problema de la causa

Un problema abierto y nunca lo bastante claro es el relativo a la calificación registral de la causa: los derechos inscritos deben tener causa suficiente y lícita para poder inscribirse. El Registro ha sido un mecanismo desde el cual se ha combatido el problema de la anomalía de las causas: a lo largo del tiempo se ha denegado la inscripción de aquellas atribuciones patrimoniales en las cuales no había causa suficiente, o esta se consideraba ilícita<sup>(12)</sup>.

Uno de los casos en los que la anomalía e ilicitud de las causas ha generado mayores problemas ha sido el del pacto comisorio. A decir de la Dirección General «el pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado, por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis (arts. 1859 y 1884 del Código Civil), rechazo que se patentiza además en la reiterada jurisprudencia sobre la materia tanto del Tribunal Supremo<sup>(13)</sup> como de este Centro Directivo» (RGRN. 8 de abril de 1991). En aplicación de esta regla, la DGRSFP ha rechazado la inscripción de otros derechos cuando se usaban en función de garantía pretendiendo eludir la prohibición de pacto comisorio mediante negocios indirectos<sup>(14)</sup>, como es en ocasiones el derecho de opción de compra<sup>(15)</sup>, especialmente cuando se utiliza en función de garantía. Sin embargo, en una Resolución de 9 de enero de 2024 se admite el pacto por el que pueda adjudicarse al acreedor o venderse a un tercero el bien objeto de la garantía (instrumentada a través de un derecho de opción) siempre que se establezca un procedimiento de valoración del mismo que excluya la situación de

---

(11) Sobre el particular *vid.* CERCEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *RDP*, 3, 2019, 3-33. Así como MURGA FERNÁNDEZ, J. P., *RCDI* 775, pp. 2221-2277.

(12) Tales como las adjudicaciones derivadas de un pacto comisorio o las ventas en función de garantía (sean estas como tales (R. 30 de junio de 1987), con pacto de retro (18 de octubre de 1994) o bien opciones en garantía (22 de septiembre de 1992), casos en los cuales la anomalía de la causa ocasiona la denegación de la inscripción; lo cual sin embargo no sucede en negocios de estructura similar como el leasing (RR. 15, 16 y 17 de junio de 1998).

(13) Sentencias de 18 de febrero de 1997, 15 de junio de 1999 y 5 de junio de 2008.

(14) Resoluciones de 30 de septiembre de 1998, 26 de marzo de 1999 y 26 de noviembre de 2008.

(15) Resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero de 2020, y en particular en las de 27 de octubre de 2020, 15 de marzo y 21 de julio de 2021 y 13 de julio de 2022.

abuso para el deudor. Con anterioridad (RDGRN12 Dic 23) el Centro Directivo consideró que «deben admitirse aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, pero que permitan al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda»<sup>(16)</sup>.

Se observa, por tanto, una tendencia a la apertura habiendo equilibrio de intereses. Y se limita de algún modo la calificación registral si la simulación negocial o la construcción del negocio indirecto no se desprenden claramente del expediente<sup>(17)</sup>. Sin embargo, en esa evolución se va produciendo un desdibujamiento de la causa *adquirendi* de los derechos inscritos. No es cuestión simplemente de que el deudor haya consentido (lo cual siempre es posible como dación en pago causa *credendi*) o de que haya equivalencia de prestaciones, sino de que la adquisición con *causa garantiae* no sea ilícita y sobre todo sea insuficiente para adquirir<sup>(18)</sup>. Y abrir la mano a operaciones de ingeniería jurídica que buscan el acceso al préstamo de quienes más difícil lo tienen en el circuito bancario, lo único que va a producir es un incremento de los prestamistas y unos daños que nos devolverán a las buenas razones por las que el ordenamiento ha limitado tradicionalmente el pacto comisorio. Un aluvión de Resoluciones de finales de 2024 y comienzos de 2025 (por todas, R. 12 de febrero de 2025) corrige en parte los excesos de las anteriores, incidiendo en el problema de la causa. Pero no es razonable que la seguridad deba depender de vaivenes de una Dirección general. Es por ello que una mejora necesaria para el papel que debe cumplir el Registro en relación con la vivienda sería perfeccionar la regulación sobre la calificación de la causa, inadmitiendo cosas que con la ley en la mano no sean claras.

## 2.4 La evolución sobre el control de cláusulas

Finalmente, hemos destacar que el Registro cumple un papel muy relevante en relación con la protección del consumidor de inmuebles, evitando

---

(16) «Por ello –se añade– podría admitirse el pacto comisorio siempre que concurran las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista buena fe entre ellas respecto del pacto en cuestión; si bien para poder admitir la validez de dichos acuerdos se deberá analizar cada caso concreto y atender a las circunstancias concurrentes, ya que solo mediante un análisis pormenorizado de cada supuesto se podrá determinar la admisibilidad, o inadmisibilidad, del pacto en cuestión».

(17) Resolución de 28 de enero de 2020 13 de julio de 2022.

(18) Como lo es por ejemplo la donación *mortis causa* por no haber una atribución irrevocable al adquirente (Cfr. Resolución de 29 de octubre de 2020). Sobre este aspecto y la anomalía de que se deban inscribir pactos sucesorios revocables en Cataluña, *vid.* VIGIL DE QUINONES, 2022, *RJC*, pp. 153 ss.

la inscripción de cláusulas abusivas (258.2 LH). El precepto hoy vigente es el resultado de una evolución en la que no siempre estuvo todo claro, en la que hubo una importante disputa doctrinal<sup>(19)</sup>, y en la que la posición de la DGRN resultó vacilante: 1.º durante los primeros tiempos de la vigencia de la Ley de Consumidores de 1984 admitió<sup>(20)</sup> que el Registrador denegase las cláusulas legalmente nulas, 2.º con posterioridad<sup>(21)</sup> solo admitió denegar aquellas cláusulas declaradas nulas por Sentencia inscrita en el Registro de condiciones generales (RDGRN. de 19 de abril de 2006, 24 de julio de 2008), 3.º volviendo luego a la posición anterior (RDGRN. 1 de octubre de 2010) relativa a la calificación de cláusulas abusivas en las hipotecas<sup>(22)</sup>, admitiendo la denegación de aquellas que sean contrarias a Ley imperativa, permite entender lo contrario. El texto vigente es el resultado de ésta última doctrina, que inspiró las leyes 1/2013 y 5/2019, y lo más conforme a la protección constitucional del consumidor (*cf.* STC 41/1981).

### 3. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD Y SU PROBLEMÁTICA EN LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA

El adecuado funcionamiento del principio de prioridad (o preferencia excluyente –art. 17 LH– y superioridad de rango de los derechos constituidos antes sobre los posteriores) es una de las piezas fundamentales del Derecho registral español. Su adecuada operatividad, se logra mediante la adecuada llevanza del libro diario, toda vez que es el asiento de presentación el que concede la prioridad (arts. 24 y 25 LH).

Sin embargo, la sola consideración de estos preceptos no basta ya hoy en día para comprender el juego del principio de prioridad, ya que la Dirección General lo ha hecho más extenso. En efecto, por el principio de prioridad todo documento debe despacharse antes que el posterior. Sin embargo, cuando el anterior necesita del posterior para poderse inscribir, se admite que gana prioridad no solo para sí, sino también para los documentos presentados con posterioridad cuando éstos sean necesarios para

---

(19) PEÑA, GARCÍA, y BUSTO defendían el control registral, ALFARO únicamente el judicial (ver obras citadas de cada uno en bibliografía).

(20) Así las Resoluciones de 7 de septiembre de 1988, 16 de febrero 1990, 16 de marzo de 1990, 26 de diciembre de 1990, y 17 de marzo de 1994.

(21) Así, las Resoluciones de 8, 9, 10 y 11 de octubre de 1991. Y posteriormente las de 4 de mayo de 1992, 1 de junio de 1992, 29 de junio de 1992, 6 de julio de 1992, 9 de julio de 1992, 11 de julio de 1992, 13 de julio de 1992, 14 de julio de 1992 y 11 de julio de 1992, entre otras muchas.

(22) Según afirmó el Tribunal Constitucional la calificación del Registrador de la Propiedad forma parte de la protección constitucional del consumidor, una protección que actúa durante la vida de la hipoteca por el procedimiento registral (Sentencia 41/1981, 18 de diciembre).



su despacho a fin de subsanar el concreto defecto de falta de tracto sucesivo que impedía su inscripción (RDGRN 12 de noviembre de 2010)<sup>(23)</sup>. Esto resulta especialmente valioso en la práctica, pues los sistemas informáticos en ocasiones presentan en desorden documentos que el tracto requiere que vayan uno primero de otro. En particular, en los préstamos con hipoteca (negocio por excelencia en el acceso a la vivienda), es frecuente que se presente primero la hipoteca y después la compra. En la estricta aplicación de la regla de tracto sucesivo (art. 20 LH), la hipoteca debería denegarse y, una vez pasados los plazos de caducidad de su asiento de presentación, inscribir la compra y volver a presentar la hipoteca, con lo cual todo se demoraría y se harían dos asientos de presentación para cada hipoteca. Con la indicada doctrina de la Dirección General, la situación es más fácil. No obstante, pender de una solución que no tiene más sustento que una Resolución sin valor de fuente de Derecho resulta poco seguro. El legislador debería en el futuro prever mejor estos problemas y recoger las soluciones en la ley.

## 4. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

En virtud del principio de especialidad, el derecho que se inscriba debe estar perfectamente determinado en cuanto a titularidad, objeto y contenido. Esto que *a priori* resulta muy sencillo, presenta no pocas cuestiones que merecen ser analizadas en relación con la problemática de la vivienda. Siendo objeto de un capítulo posterior a cargo de la Profesora GONZÁLEZ el reflejo registral de la vivienda habitual, y habiendo otro capítulo obra de doña Rocío Perteguer sobre el reflejo registral de las viviendas protegidas, me centraré en tres: 1.º La ampliación del concepto de titular registral; 2.º La tendencia a la ampliación de la materia registrable; y 3.º El problema del deficiente reflejo del arrendamiento en el Registro.

### 4.1 La tendencia a la ampliación del titular registral

Una regla fundamental del Derecho registral es (era) que no es posible ostentar titularidad registral si falta personalidad jurídica (art. 11 RH).

---

(23) En el caso, se habían presentado: 1.º Una donación del cónyuge A al B de su mitad en un bien (que en el Registro era ganancial), 2.º Un embargo de esa mitad, 3.º Las capitulaciones de matrimoniales en las que el bien ganancial pasaba a estar en pro-indiviso. La DGRN consideró que se podían inscribir antes las capitulaciones para subsanar el defecto de conjunto que impedía la inscripción del primero de los documentos.

Sin embargo, atendiendo a una cierta personificación práctica y, en algunos casos, al reconocimiento de legitimación procesal, la DGRN había admitido la extensión de asientos a favor de entidades carentes de personalidad jurídica como la comunidad de propietarios en régimen de división horizontal (RRDGRN 19 febrero 1993 y 12 de febrero de 2016). Fracasado el intento de reforma reglamentaria en el pasado siglo<sup>(24)</sup>, la reforma del artículo 9.e LH por la Ley 13/2015 permite que puedan ser titulares registrales: 1.º las uniones temporales de empresas, 2.º las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, 3.º los fondos de titulación de activos, que como indica Barranco Aguayo (25) es a lo que se refiere el artículo 9.e. LH al mencionar al «patrimonio separado a cuyo favor deba practicarse aquélla, cuando éste sea susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones»<sup>(26)</sup>.

## 4.2 En concreto, el problema de las sociedades civiles

Por otra parte, la disposición adicional 8.ª de la Ley 18/2022 ha admitido que las sociedades civiles que no tengan forma mercantil puedan ser inscritas en el Registro mercantil. Con anterioridad, la imposibilidad de dicha inscripción determinó que se negara la personalidad jurídica de las mismas y en consecuencia la inscripción de sus titularidades en el Registro de la Propiedad (R. 31 de marzo de 1997), aunque con posterioridad se admitió dicha inscripción por seguridad y ante la imposibilidad de inscribirse en el Registro mercantil (R. 14 de febrero de 2001)<sup>(27)</sup>. Tras la reforma de la ley 18/2022, la doctrina que ha analizado si cabría exigir una inscripción previa de la sociedad civil en el Registro mercantil para ser titular en el de la Propiedad, defiende la innecesariedad de dicha inscripción (Karrera)<sup>(28)</sup>. La DGSJFP ha mantenido esta misma idea en la Reso-

(24) La reforma del artículo 11 RH operada por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, introdujo la posibilidad de practicar asientos en algunos supuestos especiales de entidades sin personalidad jurídica, pero fue anulada por la STS 31 enero 2001.

(25) BARRANCO AGUAYO, A., 2024. p. 154.

(26) A esto debemos añadir que el TRLSRU reconoce cierta personalidad jurídica a las «comunidades y agrupaciones de comunidades de propietarios» (Cfr: artículos 8 y 9.5) y que en todos aquellos casos en que la LEC reconozca legitimación procesal no podrá negarse la anotación preventiva que garantiza el resultado del proceso, independientemente de la falta de personalidad jurídica de la entidad actora, lo que permite anotar demandas o embargos a favor no solo de comunidades de propietarios o uniones temporales de empresas, sino también de masas patrimoniales cuyo titular esté transitoriamente indeterminado, como la herencia yacente.

(27) Lo cual equivalía a convertir el Registro de la Propiedad en Registro de personas para las sociedades civiles, como señalé VIGIL DE QUINONES OTERO, 2017, pp. 458-499.

(28) Cfr: KARRERA EGIALDE, M. M., *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros*, 260 (2023), pp. 231-266.

lución de 18 de noviembre de 2024. Sin embargo, la coherencia con el sistema institucional de publicidad (que combina un Registro de personas jurídicas –Mercantil– en el que es posible la inscripción de la sociedad civil, con uno de bienes –Propiedad–, requiriendo siempre la previa inscripción en el de primero –art. 383 RH–) haría aconsejable exigir siempre la previa inscripción de la sociedad civil en el Registro mercantil. Sobre todo porque sería lo coherente con la doctrina de la misma de 2001, que admitió la inscripción de las sociedades civiles en el Registro de la Propiedad en tanto no era posible hacerlo en el Mercantil.

### 4.3 La tendencia a la ampliación de la materia registrable

Cuando en 1861 se promulgó la Ley Hipotecaria, la realidad social, constructiva, inmobiliaria, habitacional, era bien distinta de la actual: no existía régimen legal específico para las casas por pisos y no se inscribían los bienes pertenecientes a las Administraciones Públicas. La inmensa mayoría de las fincas registrales eran rústicas, y las edificaciones en población eran en su mayoría viviendas unifamiliares. El siglo xx produjo importantísimas transformaciones inmobiliarias, cambiando los derechos reales más usados (el censo tendió a desaparecer y la hipoteca se generalizó) al compás del desarrollo de la propiedad horizontal (PH). En el ámbito del Derecho público, nuevas instituciones como la concesión administrativa, la expropiación, o la ejecución urbanística fueron tenidas en cuenta para regular su reflejo registral. El régimen de la PH ha servido además para nuevas formas de organización habitacional como los complejos, conjuntos, urbanizaciones privadas, garajes, mercados de abastos, centros comerciales, y hasta cementerios. Dicho régimen ofreció una técnica registral de inscripción vinculada de varias fincas registrales, que ha sido muy útil para abordar el reflejo registral de la figura que desarrolla el *time sharing* vacacional en España y que comienza a servir a la vivienda colaborativa (*cohousing*) o a los condohoteles u hoteles de condueños<sup>(29)</sup>. En cualquiera de estas situaciones, se hace necesario conocer el régimen, sus estatutos y hasta sus reglamentos<sup>(30)</sup>.

Analizada dicha evolución desde el problema actual de las ciudades (escasez de espacio para una demanda creciente), el futuro del Registro seguramente pase por perfeccionar los mecanismos de reflejo registral de los usos inmobiliarios limitados en el tiempo. En efecto, el Registro ya

(29) Sobre los mismos y su problemática registral, ver VÍGIL DE QUINONES OTERO, 2019, pp. 425 ss.

(30) Por cuya inscripción abogan FERNÁNDEZ DEL POZO REY (*RCDI* 656, 2000) y ARNÁIZ EGU-REN (2010, p. 406).

admite la posibilidad de reflejar derechos que, además de recaer sobre un espacio, recaen sobre un tiempo como el caso mencionado del tiempo compartido vacacional, los hoteles de condueños, pero también las propiedades temporales o la comunidad por turnos del Derecho civil catalán. La adecuada publicidad de otras situaciones de disfrutes compartidos sucesivos permitirá un reflejo preciso de una concurrencia de derechos sobre un mismo objeto. Esto nos permite entrar en el problema de los arrendamientos.

#### 4.4 El problema de los arrendamientos

Históricamente el Registro de la Propiedad estuvo cerrado a los arrendamientos de corta duración hasta la LAU de 1994, que modificó el artículo 2.5 LH. Dicha Ley, contiene una D. A.2.<sup>a</sup> que remitía a una determinación reglamentaria la fijación de los requisitos de acceso de los arrendamientos al Registro. Dicho reglamento llegó en 1996 (RD 297/1996, 23 de febrero) exigiendo la misma forma de titulación prevista con carácter general en el artículo 3 LH. El resultado, en un contexto donde la costumbre son los contratos privados de arrendamiento, es que apenas se inscriben los mismos. Algunos autores han abogado por la admisión de documentos privados<sup>(31)</sup>. Pienso que sin necesidad de llegar a la misma, un buen camino sería el siguiente:

La DA 3.<sup>a</sup> de la LAU establece que las CCAA podrán establecer la obligación de depositar las fianzas de los contratos. Dicha DA 3.<sup>a</sup> LAU establece además que los interesados faciliten al depositar la fianza la información del sujeto, objeto y contenido del contrato (partes, finca, renta, duración). Dichos datos son exactamente los mismos que debe contener la inscripción del arrendamiento conforme a los artículos 3 y 4 del RD 272/1996. Una buena solución sería que la certificación administrativa del depósito de la fianza en la que constan dichos datos (el resguardo de depósito) se admita como título inscribible para hacer constar el arrendamiento en el Registro. Ello propiciaría una información que puede ser decisiva en el tráfico de una finca arrendable.

### 5. EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Aunque los manuales suelen desglosar el principio de publicidad en inscripción, legitimación, inoponibilidad y fe pública, siguiendo a don Jerónimo

---

(31) GARCÍA GARCÍA, J. M., 2020, p. 13.

GONZÁLEZ he preferido siempre un tratamiento conjunto, de modo que bajo este apartado me propongo analizar cuatro cuestiones que pueden ser importantes en relación con el servicio que el Registro presta a la vivienda.

### 5.1 El carácter de la inscripción y las disputas doctrinales sobre la misma

Una de las cuestiones que más tinta ha hecho correr desde la promulgación (1861) y reforma (1944-46) de la Ley Hipotecaria ha sido la relativa a si la inscripción en nuestro sistema es o debería ser constitutiva y por tanto al efecto que surte la misma en el *iter transmissivo* de un derecho real.

Descartada la inscripción constitutiva en la primera ley por cuanto no estaba debidamente asumido en la cultura jurídica popular el papel del Registro, se optó por supeditar los efectos de los derechos inscribibles a la inscripción. En algunos casos totalmente (los que los autores llaman de inscripción constitutiva) y en otros haciendo depender la plena eficacia del derecho frente a terceros a la inscripción, pero sin supeditar a la inscripción el nacimiento del derecho (los llamados por la doctrina de inscripción declarativa, conformadora o cuasiconstitutiva). Sentada esta situación, que los autores del momento explicaron en el sentido de que la transmisión de derechos no era plena sin inscripción y la conveniencia de avanzar hacia una inscripción constitutiva<sup>(32)</sup>, se llegó a la reforma de 1944. Su exposición de motivos, partiendo de que «*no se desconocen, ni de subvalorar son, las importantes razones que casi la totalidad de los tratadistas españoles aducen en defensa de la inscripción constitutiva*», y aun reconociendo que «*las relaciones jurídicas inmobiliarias son, por su especial naturaleza, de derecho necesario*», descartaba que la inscripción fuese constitutiva porque «*más del sesenta por ciento de la propiedad no ha ingresado en el Registro*». No daba razones de más peso.

Pero al no imponerse la inscripción con carácter constitutivo se ha explicado el asunto diciendo que la regla general es la inscripción meramente declarativa, entendiendo como declarativa que recoge una mutación real ya producida (Roca)<sup>(33)</sup>, que no interviene en el cambio real (Lacruz)<sup>(34)</sup>, o que no añade por sí misma nada a unos elementos del derecho real ya existentes, los cuales se limita a reconocer (Sanz)<sup>(35)</sup>. A partir de esta concepción, se difundió el «tópico» de que la inscripción era

(32) Cfr. VALVERDE, C., 1925. pp. 178-179.

(33) ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup>, 1978, p. 193.

(34) LACRUZ BERDEJO, J. L., 1957, p. 148.

(35) SANZ FERNÁNDEZ, A., 1948. pp. 239 ss.



«meramente declarativa» (García García). Una forma de explicar las cosas que no hace justicia a la realidad, y que seguramente procede de la traslación al campo de la inscripción de las nociones procesales de sentencia constitutiva y declarativa. Se prescinde con ello del carácter del derecho real que, según otros autores, requiere de la inscripción para su plena eficacia (García García) <sup>(36)</sup>.

Si la inscripción es declarativa solo por el bajo porcentaje de fincas inscritas, habría que recordar que desde 1944 se ha inscrito gran parte del suelo que estaba sin inscribir (favorecido por el impulso de la concentración parcelaria en muchos casos), pero sobre todo la realidad inscribible se ha transformado a partir de la LPH. El porcentaje de inscripción es hoy por hoy alto. La doctrina habla ya de «plena inscripción de facto» (Méndez) <sup>(37)</sup>. Si además valoramos que la razón de ser es facilitar la publicidad, que dicha publicidad se considera cuestión necesaria, y que la inscripción es más perfecta que la posesión como medio de exteriorización del derecho real (modo público la llama Gómez Galligo) <sup>(38)</sup>, no sería descartable abrir nuevos caminos a la inscripción constitutiva en el futuro.

Lo cierto es que dichos caminos no se han abierto, y que, a día de hoy, existe una disputa doctrinal entre los civilistas de la Universidad (que siguen en general las ideas de Lacruz y Roca) y los hipotecaristas registradores <sup>(39)</sup>. La posición de estos de considerar meramente residual (para la propiedad no inscrita) la doctrina del título y el modo no es lo que propiamente resuelve la jurisprudencia. Una aclaración legislativa en el futuro sería conveniente a la seguridad de nuestras transmisiones, algo fundamental para el problema de la vivienda <sup>(40)</sup>.

## 5.2 El problema de las cargas legales

Otro problema relacionado con la protección que ofrece el Registro a través del principio de publicidad (inoponibilidad de lo no inscrito –art. 32 LH– y consiguiente protección de quien confía en la apariencia –art. 34 LH–), es el relativo al tratamiento de las cargas que afectan a un bien o derecho inscrito. La regla general es que el Registro únicamente debe recoger

(36) GARCÍA GARCÍA, J. M., Madrid 1988. Tomo I. pp. 557-605.

(37) MÉNDEZ GONZÁLEZ, 2023, pp. 2027-2080.

(38) GÓMEZ GÁLLIGO, núm. 784, pp. 965-987.

(39) Cfr: Obras citadas de MÉNDEZ GONZÁLEZ y GÓMEZ GÁLLIGO.

(40) Tal vez dicha reforma debería pasar por el camino, que he sugerido en otros trabajos (Cfr: VIGIL DE QUINONES OTERO, 2021, 2022 y 2023), de considerar la falta de inscripción como un formalismo irritante, de modo que para convertir un derecho en verdaderamente real *erga omnes*, se necesaria la inscripción al modo explicado por la Exposición de motivos de la LH 1861.



las cargas que condicionen el derecho inscrito según el título (art. 51. 6 RH), es decir, las de origen negocial. Las de origen legal, en cambio, no se reflejan de modo expreso, pues su efecto deriva de la ley, y no existe riesgo de que alguien de buena fe adquiera como libre un bien que estaba gravado por negocio (ex artículo 34 LH). Con ello, a la vez que se recuerda el artículo 6 CC, se descarga en el particular la responsabilidad de informarse. Ello conduce a una asimetría informativa en la práctica: mientras el transmitente titular de un derecho suele tener claras las cargas de lo que tiene, el particular que recibe una nota donde pone «libre de cargas» corre el riesgo de padecer un error, pues puede haber cargas de origen legal.

Según la teorización económica del Registro de la Propiedad, el Registro reduce asimetrías informativas, de suerte que un contratante tiene bastante con consultar la inscripción del derecho que pretende adquirir para poder adquirirlo seguro, es decir, sin que le afecten las cargas que en la inscripción no constan (art. 34 LH)<sup>(41)</sup>. Sin embargo, en algunos de esos casos hay cargas de las que no cabe tener conocimiento con la simple consulta de la situación registral de la finca, pues no se reflejan en el Registro como tales (ex artículos 9 LH y 51 RH)<sup>(42)</sup> o gravan determinados bienes por ministerio de la ley<sup>(43)</sup>. El resultado de éstas dos reglas (no se reflejan, pero perjudican) implica que el contratante que pida información sobre el derecho inscrito sobre el que pretende contratar, no podrá conformarse con fiarse de la apariencia creada por el Registro. Ello solo será así respecto de las cargas inscribibles no derivadas de una Ley. O lo que es lo mismo: no basta con consultar el Registro, sino que también hay que consultar los boletines oficiales.

La dificultad que plantea el actual tratamiento registral de las cargas legales, requiere de algún tipo de simplificación que haga más sencilla la aplicación de la ley a los destinatarios.

Nadie cuestiona hoy<sup>(44)</sup> la necesidad de que la ignorancia de las leyes no excuse su cumplimiento. Ahora bien, ello no implica que no quepa

---

(41) *Cfr.* ARRUÑADA, B., 2013.

(42) Tal es el caso, por ejemplo, de los embargos y demás circunstancias objeto de anotación preventiva (art. 42 LH), de las hipotecas, de las condiciones resolutorias en garantía de aplazamientos de pago (art. 11 LH), de las cláusulas de reversión (*Cfr.* 641 CC para las procedentes de donaciones), de los pactos de retroventa (art. 1507 y 1510 CC), de las sustituciones fideicomisarias (art. 82 RH), del derecho de retorno arrendaticio (art. 15 RH, DA 11.º RDL 2/2008 y DA 8.ª Ley de Arrendamientos Urbanos).

(43) Como los retractos legales, las prohibiciones de disponer impuestas por la Ley, las limitaciones derivadas del carácter de Vivienda de Protección Oficial, el derecho de reversión que para los ascendientes establece el artículo 812 CC, la garantía prevista en la Ley de Haciendas Locales por impago de IBI, los débitos de gastos de comunidad del artículo 9 LPH, o determinados derechos reconocidos por Derechos civiles de algunos territorios, que no se hacen constar en el Registro, pero sí perjudican a tercero.

(44) Fue duramente criticada por todo un sector doctrinal encabezado en España por Joaquín Costa (COSTA, 1901).

suavizar el rigor de dicha norma, facilitando algo las cosas como reclama la doctrina<sup>(45)</sup>. Un modo de facilitar sería reflejando en el Registro, a pesar de no ser necesario por su efecto legal, determinadas cargas legales. Esto se podría hacer mediante un sencillo cambio legal. Un cambio en el camino ya seguido por algunas normas de nuestro ordenamiento en las que la problemática es similar tales como el artículo 51 de la Ley del Suelo, el artículo 5 de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y del artículo 9 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en el ámbito fiscal; o el artículo 19 del RD 1093/1997 en el ámbito del urbanismo.

### 5.3 Disputas interpretativas sobre el principio de fe pública

El tema de los efectos económicos que produce el juego del principio de publicidad, nos permite plantear otro problema no bastante analizado: el concepto de buena fe que sigue la jurisprudencia. La famosa STS de 7 de septiembre de 2007 sobre el tercero hipotecario, reputa de mala fe a quien desconocía la falta de titularidad del transmitente por negligencia ignorante (criterio reiterado más recientemente en STS 4 de octubre de 2017). Dicha negligencia la asocia con tener medios racionales o motivos suficientes para conocer que la finca estaba siendo disfrutada de hecho por otra persona (lo cual conecta con el artículo 36 LH)<sup>(46)</sup>. No basta por tanto fiarse de la apariencia creada por el Registro, sino que la buena fe decae al demostrarse el conocimiento de la discordante realidad extrarregistral. Dicho concepto de buena fe es bendecido por parte de la doctrina contemporánea como Cuenca<sup>(47)</sup> y criticado por Guilarte Gutiérrez<sup>(48)</sup>, ya que deja sin efecto el artículo 34 LH y obliga a más diligencia que simplemente comprobar el Registro, lo cual resta mucha efectividad al sistema y no permite la contratación entre ausentes que estaba en la entraña del mismo. La duda es si un mercado de la vivienda impersonal y abierto al mundo se puede permitir el mantenimiento de un requisito de buena fe<sup>(49)</sup> y si en caso de mantenerse debe seguir siendo tan subjetiva, con las inseguridades que ello pueda producir.

---

(45) A decir de CABANILLAS SANCHEZ, es precisa una «llamada de atención al legislador para que se esfuerce en facilitar tanto el conocimiento como el entendimiento de las leyes, no solo por los especialistas, sino, sobre todo, por sus destinatarios» (1992, p. 674).

(46) Sobre el particular, lo más completo es ANDRADES NAVARRO, A., 2023.

(47) CUENA CASAS, M., 2008, pp. 2005-2007.

(48) GUILARTE GUTIÉRREZ, V., 2011.

(49) Infrecuente en los sistemas de inscripción constitutiva: *Cf*: GARCIA GARCÍA, J. M., ob. cit. II, p. 203.



## 5.4 La fe pública registral frente a los arrendamientos

Con carácter general, en nuestro Derecho, como en el romano (Digesto 19, 2, 25) *emptio tollit locatum*: venta quinta renta (art. 1571 CC). Sin embargo, en el ámbito de los arrendamientos urbanos, la legislación especial de 1920, 1946, 1956, 1964 y 1994 optó por lo contrario: el inquilino es conservado aunque cambie el arrendador. A partir de 1994 (siguiendo la técnica de la LAR de 1981), la protección del arrendatario se cruza con la fe pública registral: el comprador de una finca arrendada debe pasar por el arrendamiento vigente, en su plazo mínimo, aunque tenga la condición de tercero protegido por el artículo 34 LH. Este régimen, no obstante, no fue el mismo entre 2013 y 2019: el artículo 14 LAU hoy derogado establecía que venta quita renta salvo inscripción. En la actualidad, hemos vuelto a la misma regla de 1994 con los mismos errores ya señalados por la doctrina en los primeros tiempos de vigencia de la Ley: solo se impide la protección del arrendatario frente a un tercero del artículo 34 LH<sup>(50)</sup>. Un artículo que no es el precepto que resuelve en nuestro Derecho el conflicto entre un titular inscrito y otro no inscrito<sup>(51)</sup> (función correspondiente al artículo 32 LH)<sup>(52)</sup>, sino que protege al subadquirente para el caso de que su transmitente dejase de ser propietario por causas ocultas y le pudiera perjudicar.

En este tema, apreciamos un nuevo fleco no resuelto adecuadamente por el legislador. Si se quiere que la protección del adquirente de una finca arrendada sea mediante el Registro, debe protegerse al que inscribe su compra frente al arrendamiento no inscrito tal y como hacía la Ley 4/2013. El actual sistema es complejo e inseguro, y más contando que la buena fe del comprador de la finca arrendada no se sabe en qué consiste: si en ignorar el hecho del arriendo, o el concreto contenido del mismo<sup>(53)</sup>.

---

(50) DE LA PUENTE ALFARO, F., 1996, p. 72.

(51) Como indica GARCÍA GARCÍA «el Artículo 34 de la Ley Hipotecaria no se refiere a un conflicto entre un derecho inscrito y otro que no lo está, pues ese supuesto es el propio de los artículos 1549 del Código Civil y 13 y 32 de la Ley Hipotecaria» (GARCÍA GARCÍA, 2011, p. 2640).

(52) Como dice MOLINA ILLESCAS «Hubiese sido más acertado señalar por el artículo 14 LAU que el adquirente quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador aunque el arrendamiento no conste inscrito, que es lo mismo que “aún lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria”» (MOLINA ILLESCAS, S., 2023, p. 549).

(53) Téngase presente que, como indica GARCÍA GARCÍA, de lo que aquí se trata es de conocer el «contenido total de un contrato... en el que se va a subrogar el adquirente nada menos que en los “derechos y obligaciones”. No sería razonable que conociendo que existe un arrendamiento, pero no pudiendo conocer ni los pactos del contrato relativos a derechos y obligaciones, ni la duración del mismo, por no haberse exhibido ni resultar del Registro de la Propiedad o por tratarse de contrato verbal, se impusiera la “subrogación” en el total contenido de ese contrato de arrendamiento» (GARCÍA GARCÍA, 2011, p. 2643).

## CONCLUSIONES

El sistema registral español, tan completo en muchas cosas, admite mejoras técnicas que cooperarían a incrementar la seguridad del mercado de la vivienda. El control de legalidad se va adaptando a nuevas necesidades al exigir mayorías vecinales en relación a pisos turísticos, pero padece la deficiente regulación de la causa. La prioridad vive de soluciones doctrinales no legisladas. La especialidad de las inscripciones tiende a la expansión hacia nuevos sujetos y objetos, siendo los arrendamientos una asignatura pendiente. Los efectos del Registro siguen siendo discutidos, la buena fe interpretada de modo anacrónico, las cargas legales no se reflejan en el Registro (creando una asimetría), y la conexión de la fe pública con los arrendamientos resulta insuficiente.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO AGUILA-REAL, J., «El Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación: Técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 67, julio-septiembre de 1997, 889 ss.
- ANDRADES NAVARRO, A., *Usucapión y Registro de la Propiedad*. Aranzadi, Pamplona 2023.
- ARNÁIZ EGUREN, R., *Terreno, edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*. Civitas. Registradores de España. Cizur Menor 2010.
- AA. VV. (Rams Albesa, Dir. Lacruz Bescós/ Vigil de Quiñones Otero, Coords). *Tratado de Derecho civil. Tomo X. La fe pública registral*. Dykinson, Madrid 2021.
- BARRANCO AGUAYO, A., «El titular registral». En AA. VV. (MURGA FERNÁNDEZ, J. P. – VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D.) *Manual de Derecho registral inmobiliario*. Aranzadi, Cizur menor 2024. pp. 145-159.
- BUSTO LAGO, J. M., «El control registral de las condiciones generales de los contratos». *RCDI*. num. 667.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario del artículo 6 del Código civil». En ALBALADEJO, M., y DIAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo I, Vol. 1.º p. 674. EDESA, Madrid 1992.
- CAMPUZANO Y HORMA, F., *Elementos de Derecho Hipotecario*, 2.ª Ed, reformada, vol. II, Editorial Reus, Madrid 1931.
- CERCEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (Dir). *Viviendas de uso turístico: Régimen civil, administrativo y fiscal*, Reus, Madrid 2018.
- «De nuevo sobre los pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo artículo 17.12 LPH». En *Revista de Derecho Privado*, 3, 2019, 3-33.



- COSTA, J., *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre*, 1901. [http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/el-problema-de-la-ignorancia-del-derecho-y-sus-relaciones-el-status-individual-el-referendun-y-la-costumbre--0/html/fefca97c-82b1-11df-acc7-002185ce6064\\_14.html#I\\_6](http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/el-problema-de-la-ignorancia-del-derecho-y-sus-relaciones-el-status-individual-el-referendun-y-la-costumbre--0/html/fefca97c-82b1-11df-acc7-002185ce6064_14.html#I_6) (Descargado el 2 de julio de 2024).
- FERNÁNDEZ DEL POZO REY, L., «La publicidad registral de las normas de régimen interior de las comunidades de propietarios (art. 6 Ley Propiedad Horizontal)». En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 656. enero-febrero, 2000.
- GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Civitas, Madrid 1988.
- *Código de la Legislación Inmobiliaria y del Registro Mercantil*. 7.ª Ed. Civitas, 2011.
- *Legislación hipotecaria. Anotada y comentada*. 1.ª Ed. Aranzadi, Cizur menor 2020.
- GÓMEZ GALLIGO, «Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo». En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 784, pp. 965-987.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Principios hipotecarios*. Asociación de Registradores, Madrid 1931.
- *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*. Madrid 1948.
- *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*. Civitas, Madrid 2011.
- GORDILLO CAÑAS, «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular». *ADC*, 1988, pp. 423-632.
- JEREZ DELGADO, *Hacia la inscripción constitutiva*. Centro de Estudios Registrales, Madrid 2001.
- KARRERA EGIALDE, M. M., «Las sociedades civiles agrarias en el Registro Mercantil tras la Ley 18/2022, de creación y crecimiento de empresas». En *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros*, 260 (2023), pp. 231-266.
- LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza 1955.
- *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza 1957.
- LACRUZ BERDEJO, y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil III bis. Derecho Inmobiliario Registral*. JMBosch, Barcelona 1984.
- LACRUZ BERDEJO, et al., *Elementos de Derecho civil. III Bis. Derecho Inmobiliario Registral*. Dykinson, Madrid 2001.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «La evolución de la interacción entre la inoponibilidad y la fe pública registral en el sistema registral inmobiliario español». En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*. Núm. 798. Julio-Agosto 2023. pp. 2027-2080.
- MOLINA ILLESCAS, S., *Arrendamientos urbanos y Registro de la Propiedad*. Universidad de Sevilla, 2023.
- MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «Viviendas turísticas y comunidades de propietarios: *status quaestionis* y posibilidades de actuación a la luz del nuevo artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal». En *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, septiembre-octubre 2019, num. 775, p. 2221-2277.

- MURGA FERNÁNDEZ, J. P., y VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. (Dirs) *Manual de Derecho registral inmobiliario*. Aranzadi la Ley, Las Rozas, 2024.
- PABLO CONTRERAS, P. de., «La publicidad de los derechos reales. El Registro de la Propiedad». En *Curso de Derecho civil* (4.ª Ed, COLEX 2014, reimpresa por Edisofer en 2016).
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, T. II Ed. CER, Madrid 1999, 3.º edición.
- PERNAS RAMÍREZ, P. (2021), «Inscripción del arrendamiento de vivienda en el Registro de la Propiedad». Disponible en <https://blog.registradores.org/-inscripcion-del-arrendamiento-de-vivienda-en-el-registro-de-la-propiedad-pedropernas-ramirez-registrador-de-la-propiedad-de-jaca> (consultado el 3 de julio de 2024).
- PUENTE ALFARO, F. de la, *El arrendamiento urbano frente a terceros*. Bosch. Barcelona, 1996.
- RAMOS FOLQUÉS, R., «Material para el análisis crítico del valor de la inscripción». *RCDI*. junio de 1948.
- ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup>, *Derecho Hipotecario*. 5.ª Edición. Bosch, Barcelona 1954.
- *Derecho hipotecario*. 7.ª Ed. 1978.
- ROCA SASTRE, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, Barcelona 1979, Ed. Bosch.
- ROCA SASTRE; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, y BERNÁ I XIRGÓ, *Derecho Hipotecario*. Ed. Bosch. Barcelona, 2008.
- RODRÍGUEZ OTERO, L., *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Dijusa, Madrid 2007.
- *Elementos de Derecho hipotecario*. Tomo I. 4.ª Edición. Bosch, Barcelona 2011.
- RODRÍGUEZ ROSADO, B., «Causa, tradición e inscripción». AA. VV (Espejo Lerdo de Tejada/ Del Rey Barba, Dirs). *Tratado de Derecho inmobiliario registral*. Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pp. 425-464.
- SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho hipotecario*. Madrid, 1948.
- VALVERDE VALVERDE, C., *Derecho civil. Parte especial*. Tomo II. Valladolid, 1925.
- VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D., «A protección extrajudicial dos consumidores: a cualificación registral das cláusulas abusivas». En *Revista Xurídica Galega*. Número 61. Año 2008.
- *Autorregulación y publicidad registral*. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2011.
- «La información registral en la formación del contrato». En PARRA LUCÁN, M. A. (Coord.). *Negociación y perfección de los contratos*. Aranzadi. Cizur menor, 2014.
- «El Derecho civil de Aragón, la seguridad del tráfico y el Registro de la Propiedad». En *Revista de Derecho civil aragonés*. XX, 2014. pp. 155-179.
- *Prontuario de Derecho hipotecario*. Dykinson, Madrid 2015.
- «El Derecho registral en materia de comunidad de bienes y sociedades civiles». En Parra Lucán/Tena Piazuelo (Coords). *Comunidad de bienes y sociedad civil*. Tirant lo blanch, Valencia 2017. pp. 458-499.

- VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D., «El Registro como instrumento del mercado inmobiliario: posibles mejoras». En AA. VV (Nasarre-Muñiz-Rivas-Urquizu, Dirs). *Reformando las Tenencias de la Vivienda. Un Hogar Para Tod@s*. Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pp. 723-749.
- «Condhoteles, Registro de la Propiedad y protección del consumidor». En Muñiz Espada (Dir). *La protección del consumidor en la vivienda colaborativa*. Wolters Kluwer La Ley, Las Rozas 2019, pp. 425-456.
  - «Derecho registral de bienes». En AA. VV (Muñiz Espada, Coord). *Lecciones de Derecho privado. Tomo III. Derechos reales*. Tecnos, Madrid 2020, pp. 549-613.
  - «El tercero hipotecario». En AA. VV (Espejo Lerdo de Tejada, M., y Del Rey Barba, S. Dirs. Murga Fernández, J. P., Coord. Andrades Navarro, A., Edit), *Tratado de Derecho inmobiliario registral*. Tirant lo blanch, Valencia 2021.
  - «La voluntad en el proceso de inscripción. La tradición y la inscripción. La causa y la inscripción». AA. VV (Lacruz Bescós/ Vigil de Quiñones Otero, Coords.). *Tratado de Derecho civil. Tomo X. La fe pública registral*. Dykinson, Madrid 2021, pp. 391-417.
  - «La inscribibilidad de pactos sucesorios revocables: ¿una anomalía del Derecho catalán a corregir?», *Revista Jurídica de Cataluña*, 2022, vol. 121, núm. 2, pp. 443-454.
  - «Deberíamos revisar o carácter da inscripción?» [Traducción ao galego de Sebastián Camacho Pita]. En *Dereito*, vol. 32, núm. 1. 2023.

## B. Tratamiento registral de la vivienda protegida

**Rocío Perteguer Prieto**

*Directora de Medio Ambiente, Consumidores  
y Usuarios del Colegio de Registradores  
de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles  
de España. Registradora de la Propiedad.  
rperteguer@registradores.org*

**Resumen:** *En los últimos tiempos la vivienda de protección oficial ha sido centro de los debates públicos sobre vivienda. La proximidad de otras figuras por sus regulaciones limitativas, así como el tratamiento recibido en la nueva Ley 12/2023, de 24 de Mayo, por el Derecho a la Vivienda junto con otros fenómenos sociales como los alquileres turísticos y la okupación, son hechos más que suficientes para realizar una revisión doctrinal sobre la materia, cuya aproximación se pretende en este capítulo.*

**Palabras clave:** *Vivienda Protegida, vivienda de protección oficial, limitaciones de transmisión, Fondos Next Generation, Okupación, alquiler turístico, oferta de viviendas, acceso a la vivienda, Registro de la Propiedad, Registro electrónico.*



**Abstract:** *Government subsidized housing is a special regime of subsidized housing in our legal system that has special limitations not only in terms of its initial configuration but also in relation to its destination and subsequent transfer. The new social trends in housing, the reduction in the supply of long-term rental housing, as well as the growing difficulty for more and more social strata to access housing make it relevant to study this institution not only from the perspective of its legal regime but also from the social perspective of existing demand and the contribution of the Land Registry to the promotion of the same and the guarantee and transparency in the subsidized housing market.*

**Keywords:** *Subsidized housing, social housing, transfer limitations, Next Generation Funds, Squatting, tourist rental, housing supply, access to housing, Land Registry, Electronic Registry.*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Reflejo registral de las operaciones relativas a Vivienda de protección oficial. 3. Repercusión registral de limitaciones legales por Fondos Next Generation. 4. Vivienda de protección oficial y «okupación». 5. Vivienda de protección oficial y alquiler turístico. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

La existencia de las viviendas de protección oficial como mecanismo garantista de utilidad y bohomía para posibilitar el acceso a la vivienda de las clases sociales más desfavorecidas y vulnerables de nuestra sociedad es admitido tradicionalmente por la doctrina urbanística, jurídica, social y política desde el nacimiento de su configuración.

Las viviendas de protección oficial son una subcategoría de las viviendas protegidas y que conviene distinguir de otras figuras jurídicas similares pero muy cercanas como son las «viviendas sociales».

El concepto de vivienda social en España se desarrolla principalmente a través de varias normativas. Una de las más importantes es el Real Decreto 2960/1976, que aprueba el texto refundido de la Legislación de Viviendas de Protección Oficial. Este decreto establece las características técnicas y económicas de la vivienda social, así como su régimen de financiación y los condicionamientos subjetivos de sus destinatarios.

Además, la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (RDL 7/2015) también incluye definiciones y regulaciones relacionadas con la vivienda

social. Esta ley se enfoca en garantizar el derecho a una vivienda digna y adecuada, tal como se establece en el artículo 47 de la CE.

La regulación de las viviendas sociales nace con el objetivo de flexibilizar el acceso a este tipo de viviendas, así como incentivar la gestión de las mismas no solo por las instituciones competentes en la materia sino también por el sector privado para su gestión. Los requisitos de transmisión de las mismas son más flexibles que las VPO, aunque sin embargo a través de la normativa de carácter especial de los últimos años se han incrementado las limitaciones a su libre disposición.

El TC tiene declarado que la función social de la propiedad constituye un elemento estructural o inherente del derecho de propiedad privada que delimita su contenido, siempre y cuando se respete su contenido esencial (art. 53-1 de la CE). Utilidad individual y función social definen, por tanto, de forma conjunta, el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría y tipo de bienes y, por ello, el contenido de la propiedad de una vivienda libre no es el mismo que el de una vivienda sometida a algún régimen de protección oficial.

Ese contenido de la propiedad de las viviendas protegidas, dado el actual marco competencial de la CE, que atribuye la competencia en materia de urbanismo y vivienda a las Comunidades Autónomas (art. 148-3), dependerá de lo que legisle cada una y, por tanto, será diferente en cada una de ellas.

No obstante lo anterior, sigue constituyendo un problema importante en las transmisiones inter vivos de las viviendas de protección oficial o declaradas protegidas, el incumplimiento de los requisitos legales de precio y condiciones de los adquirentes, así como en general el uso efectivo de las mismas, lo que tiene como consecuencia que viviendas de protección oficial acaben en muchas ocasiones siendo propiedad de titulares o usadas por personas para los que no están destinadas y se incumpla, por tanto, su función social de proporcionar un hogar digno y adecuado a las familias de menores recursos económicos (arts. 33 y 47 de la CE).

Este efecto es debido fundamentalmente a una inadecuada e incompleta regulación de los efectos civiles y consecuencias registrales de las expresadas limitaciones y de los derechos de adquisición preferente que se conceden a la Administración, inadecuación que cobra especial gravedad tratándose de viviendas de promoción pública.

Desde el punto de vista registral, la diversidad de regímenes de protección oficial existentes, la variada regulación de sus efectos en cada Comunidad Autónoma, la regulación vigente sobre financiación de acceso a la vivienda que afecta incluso a viviendas libres pues se conceden atendiendo a la persona y no a la vivienda, la coexistencia de normativas estatales con otras autonómicas, y el carácter urgente con que han sido elaboradas



muchas de ellas; constituyen un entramado legislativo confuso en sus consecuencias e insuficiente en términos de eficacia<sup>(1)</sup>.

## 2. REFLEJO REGISTRAL DE LAS OPERACIONES RELATIVAS A VIVIENDA DE PROTECCIÓN OFICIAL

La constancia de las Viviendas de Protección Oficial en el Registro de la Propiedad, obedecen principalmente a tres momentos de la vida de la vivienda como son:

- La calificación provisional de Vivienda de protección oficial.
- La calificación definitiva de Vivienda de protección oficial.
- La descalificación de Vivienda de protección oficial.

En relación al primer aspecto el reflejo registral de dicha situación de **calificación provisional** lo encontramos regulado con carácter nacional en el artículo 16 del RD 3148/1978 de Construcción, Financiación, Uso, Conservación y Aprovechamiento de Viviendas de Protección Oficial. En el que se configura la certificación registral como uno de sus documentos complementarios, certificando así el Registrador de la titularidad del dominio de los terrenos y de la libertad de cargas o gravámenes que puedan representar un obstáculo económico, jurídico o técnico para el desarrollo del proyecto.

En virtud del artículo 9 de la LH se permite la constancia urbanística y administrativa de la finca, esta «calificación provisional», es objeto de constancia mediante nota marginal en la finca en cuestión para lo que se deberá aportar el correspondiente certificado administrativo. Los efectos de esta constancia, sin embargo, se limitan a impedir que surja un tercero protegido por la fe pública registral, al que no le serían aplicables las limitaciones dispositivas características de las viviendas protegidas si se llega a obtener la calificación definitiva, quedando así vinculado por el conocimiento efectivo de haberse expedido dicha certificación para el inicio del proceso de calificación.

En relación a su cancelación sería de aplicación los plazos y supuestos previstos en el artículo 74.3 del RD 1093/97 de acceso de los actos de naturaleza urbanística al Registro de la Propiedad<sup>(2)</sup>.

---

(1) VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., 2007.

(2) «La nota marginal podrá cancelarse:

a) En virtud de certificación administrativa de la que conste que se han cumplido las condiciones impuestas o de solicitud del titular a la que se acompañe aquella o la documentación acreditativa del acuerdo obtenido por acto presunto, conforme a lo dispuesto en la Ley.

En cuanto a la vigencia registral de la constancia de esta calificación, las diferentes legislaciones de las Comunidades Autónomas establecen plazos para que el promotor de vivienda de protección oficial trámite la solicitud de calificación definitiva, estableciendo plazos de resolución diferentes las distintas Administraciones autonómicas para la obtención de la calificación definitiva.

En relación a la **calificación definitiva**, es de gran importancia su constancia por nota marginal en el Registro de la Propiedad, por un lado porque determina ya la posibilidad de hacer constar en el mismo por parte del Registrador de todas aquéllas condiciones impuestas en el régimen jurídico concedido (bonificaciones fiscales a cuya devolución puede estar afecta la finca en caso de incumplimiento de las limitaciones establecidas, incumplimientos de determinados requisitos sobrevenidos y descubiertos con posterioridad..etc). Además, la constancia de la calificación definitiva de la vivienda de protección oficial determina también la apertura de la calificación en relación a las limitaciones de transmisión de la misma legalmente establecidas, así como de las necesarias notificaciones a la administración en el caso de tanteos y retractos legales<sup>(3)</sup> establecidos en favor de la misma o en casos legalmente previstos de forma subsidiaria por la Legislación autonómica que sea de aplicación y sin perder de vista también las notificaciones de derecho civil subsidiario como en el caso de tanteos y retractos arrendaticios en favor del arrendatario en el caso de que la vivienda de protección oficial que se pretende enajenar esté alquilada.

La cédula de calificación administrativa es el elemento esencial para hacer constar en el Registro dicha situación, previamente deberá de constar inscrita la obra en construcción ya que la propia norma exige para su concesión por parte de la Administración de la calificación definitiva este inicio de constancia en el registro de la Obra nueva en construcción. Así pues, el momento de hacer constar dicha situación definitiva será con la declaración de la obra nueva finalizada en el Registro acompañándola entre otros documentos de la referida certificación administrativa definitiva de calificación.

A partir de este momento ya sabemos que estas viviendas pueden ser ocupadas por ciudadanos idóneos en régimen de alquiler o de propiedad.

---

b) Cuando la licencia sometida a condición impusiere cualquier tipo de deberes al titular de la finca y no señalare plazo de cumplimiento de los mismos, ni tampoco fuere la condición de naturaleza definitiva, la nota se cancelará por caducidad transcurridos cuatro años desde su fecha. En caso de que en la licencia se hubiere señalado plazo, la caducidad de la nota se producirá transcurridos dos años a contar desde la fecha de cumplimiento de aquél».

(3) Recordar aquí que muchas de Autonomías (Por ejemplo, Cataluña y Valencia) han regulado derechos de adquisición preferente a favor de la administración en el caso de venta de estas viviendas para minorar así la pérdida de inmuebles destinados a vivienda protegida.

Suelen ir acompañados en el caso de su adquisición de determinados préstamos hipotecarios «blandos» es decir con las condiciones de financiación impuestas por la administración autonómica o el gobierno pero que se comercializan a través de entidades financieras colaboradoras. Así estas hipotecas están sujetas también a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Siendo curioso así, que nos hallamos ante un supuesto en los que no hay negociación y la autoría del clausulado hipotecario es diferente del prestamista/depositante que concede el crédito que no puede tocar dichos modelos. Dichos modelos son objeto de transparencia material a través del Registro General de Condiciones de la Contratación posibilitando a través del mismo su conocimiento por parte de las asociaciones de usuarios para el ejercicio de acciones colectivas sobre la materia, ya que en este caso ni el asesoramiento ni la negociación afectarán al clausulado en el momento de la negociación ya que el propio prestamista no las puede modificar. Sería recomendable que en este estado de hecho y habida consideración de las iniciativas legales en materia de simplificación administrativa que están realizando las diferentes administraciones así como el Gobierno central, se suprimieran los requisitos de forma y procedimientos previos a la constitución de la hipoteca por su inscripción en el registro<sup>(4)</sup> (acta de información previa, escritura pública y actos jurídicos documentados) para poder celebrar este contrato depositado en un Registro Jurídico de cláusulas generales directamente por las partes entre las que no cabe la negociación ya que han sido impuestas por tercero, y solo cabe aceptar o no la adjudicación de la vivienda y en caso necesario la financiación ofrecida por la administración, ahorrando así costes, impuestos y procedimientos al ciudadano, mediante su relación directa garantizada por medios electrónicos como establece la LH tras la modificación operada en este último año culminando el proceso del Registro electrónico.

Finalizando en este estado, en cuanto a la duración de la nota marginal de calificación definitiva, el plazo será el del respectivo régimen según el tipo de viviendas protegidas, y según el artículo 146 del Reglamento de Viviendas de protección Oficial de 24 de julio de 1968, *«el mero transcurso del plazo contado desde la calificación definitiva de Viviendas de Protección Oficial, determinará sin necesidad de declaración especial, la extinción de cuantas limitaciones impone este régimen legal, [...], cancelándose de oficio en el Registro de la Propiedad las*

---

(4) Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil en su artículo 1875 consagra el carácter constitutivo de la inscripción para el nacimiento de la hipoteca:

«Además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad».

*afecciones que se hubieren producido como consecuencia de los dispuesto en el artículo 99 del Reglamento».*

En cuanto a la transmisión de la vivienda de VPO cabe resumir las siguientes consideraciones:

En el caso de presentación de las Cédulas de Calificación Definitiva de promociones de edificios, acabadas hace mucho tiempo, cuando ya han existido transmisiones de las distintas viviendas que lo componen. Nos podemos preguntar si se puede hacer constar dicha calificación o se considera que el tercero que ha adquirido está protegido en todos los casos. Así distinguimos:

a) Cuando en la licencia de obras del edificio se hizo constar en el Registro el destino a vivienda de protección oficial y dicho destino consta conforme a lo dispuesto en el (art. 16 del RD 3148/1978), debe entenderse que, siempre que la nota marginal respectiva no haya caducado, es inscribible la calificación definitiva pues los sucesivos adquirentes han tenido conocimiento de la posibilidad de que existiera o recayera calificación definitiva.

b) No consta la calificación y se han transmitido las viviendas. No se puede en este caso hacer constar el régimen sin el consentimiento de los propietarios por aplicación de los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria, en cuanto a los principios de tracto sucesivo y de legitimación<sup>(5)</sup>.

En cuanto a la **descalificación** de la Vivienda de protección oficial. En este punto hay que tener en cuenta que la legislación nacional pretendió imponer a través de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda la garantía de que la vivienda protegida, ya sea social o de precio limitado, no pudiera descalificarse, salvo en el supuesto de viviendas promovidas sobre suelos cuya calificación urbanística no impusiera dicho destino y que no contara con ayudas públicas para su promoción, o en aquellos casos que excepcionalmente se justificara de acuerdo con la normativa autonómica, no pudiendo ser en tales supuestos excepcionales, el periodo de calificación ser inferior a treinta años. En el resto de los supuestos en los que la calificación urbanística del suelo impusiera dicho

---

(5) Y de los principios de fe pública e inoponibilidad (artículo 34 y 32 de la Ley Hipotecaria), según los cuales, en términos generales, aquellos actos inscribibles no inscritos no perjudican a tercero. Además, los asientos registrales están bajo la salvaguarda de los Tribunales (artículo 1.3 de la Ley Hipotecaria), lo que determina que los mismos producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley. Y, por último, el artículo 13 de la Ley Hipotecaria dispone que las limitaciones del dominio, y el carácter de VPO lo es, para que surtan efectos contra terceros, deberán constar en la inscripción de la finca sobre la que recaigan

destino, ésta no podría modificarse como tampoco podrían descalificarse las viviendas sobre dichos suelos<sup>(6)</sup>.

Surgía así un ámbito temporal perpetuo, en cuanto a la imposibilidad general de descalificación en los supuestos mencionados, si bien el legislador nacional se quiso «curar en salud» en relación al difuso límite competencial atribuyendo a las comunidades autónomas la posibilidad de establecer la posibilidad de descalificación (pero siempre con el límite de los 30 años). Dicha limitación «ad perpetuam» ha quedado recientemente sin efecto por haberse declarado nulo por Sentencia del TC 79/2024, de 21 de mayo<sup>(7)</sup>.

La documentación registral de la descalificación del edificio en su conjunto o de alguna de sus viviendas, si ella es aceptada de forma legal (en algunas Comunidades Autónomas el régimen de protección dura toda la vida útil de las viviendas y se prohíbe la descalificación anticipada), es fundamental, ya que la misma establece la cancelación de las limitaciones y prohibiciones a la capacidad de disponer de las viviendas y la eliminación de los derechos de adquisición preferente de las Administraciones.

Asimismo, la inclusión en el Registro de la Propiedad de la descalificación de las viviendas, posibilitaría supervisar a la Administración la devolución por el interesado de todas las ayudas y subvenciones que recibiera la vivienda descalificada, ya que su constancia requeriría la resolución administrativa que confirme su reembolso. Asimismo, el Registro proporciona información a la Administración sobre todas las operaciones realizadas en relación con las fincas, y que posibilita a la misma el cálculo de la suma a reintegrar.

La descalificación, por lo demás, puede ser voluntaria, (salvo que la legislación autonómica respectiva lo prohíba expresamente), o descalificación con carácter de sanción.

La constancia en el Registro de la Propiedad de la descalificación voluntaria de la vivienda se realizará mediante la presentación de la instancia privada por el interesado junto con la resolución administrativa de la descalificación.

No obstante la regla general anterior, hay que tener en cuenta los supuestos, de prohibición de descalificación voluntaria exigidos en las legislaciones autonómicas o en el caso de viviendas sujetas a determinados régimen especiales de protección con ocasión de las ayudas previstas no solamente para su adquisición o alquiler sino también con ocasión de las ayudas dadas a su rehabilitación o construcción que examinaremos con posterioridad.

(6) Exposición de Motivos de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

(7) <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-12203&b=23&tn=1&p=20240624#al-8>.

Otro supuesto previsto también es el caso de la descalificación como sanción. En aquellas ocasiones en las que el destino o finalidad de la vivienda protegida fuera frustrado por no ser destinada a satisfacer las necesidades de vivienda permanente del concesionario de la misma (ya sea en propiedad ya en alquiler), las administraciones públicas pueden proceder a la descalificación de la misma para provocar la pérdida de ayudas, bonificaciones fiscales y subvenciones con la consecuente obligación de devolución de las mismas y en último caso a su ejecución real, habida consideración de la afección que se produce del propio inmueble al cumplimiento de las referidas obligaciones legales por el mero hecho de la calificación así como de las condiciones inscritas en la misma.

### 3. REPERCUSIÓN REGISTRAL DE LIMITACIONES LEGALES POR FONDOS NEXT GENERATION

Dentro de los planes más recientes y vigentes del Gobierno en materia de vivienda nos encontramos con dos normas básicas en materia de vivienda como son el Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025<sup>(8)</sup> y el Real Decreto 853/2021, de 5 de octubre, por el que se regulan los programas de ayuda en materia de rehabilitación residencial y vivienda social del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia<sup>(9)</sup>.

En los referidos planes y programas el legislador en aras de dotas de mayor transparencia a las viviendas objeto de protección y para favorecer simultáneamente la puesta en el mercado de vivienda asequible y sostenible ha lanzado determinadas ayudas para cuyo acceso es obligatorio su constancia de destino previo a la función social para la que se determina (alquiler para menores de 25, o mayores de 65, coliving para mayores, personas vulnerables...) llegando en algunos casos a financiar en vivienda privada su rehabilitación integral relativa a eficiencia energética (envolvente, aislamiento, climatización...) así como en materia de accesibilidad siempre que su finalidad sea el destino en alquiler o puesta en el mercado de vivienda social o destinada a los colectivos señalados, siendo obligatorio para su percepción la constancia de la limitación de destino en el Registro de la Propiedad.

Ahora nos podemos preguntar ¿Cuál es la diferencia principal con las viviendas de protección oficial? La mayor flexibilidad en estas últimas, por

---

(8) <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-802>.

(9) <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-16233>.



los motivos obvios de incentivo a los propietarios para la rehabilitación y por otro lado la de fomentar el acceso de este tipo de viviendas a una renta limitada y/o para unos colectivos y/o destinos concretos. De este modo el propietario que ve minorado el ingreso por la renta de alquiler por un precio limitado se ve favorecido y compensado por el régimen de ayudas y subvenciones que obtiene para revalorizar notablemente su vivienda a un coste muy bajo.

Esta constancia obligatoria en el Registro de la Propiedad por nota marginal de dichas limitaciones se realiza en el mismo mediante instancia privada en la que se solicita su constancia como requisito previo para la obtención de la ayuda. Dichas notas marginales no tienen por objeto la limitación de disposición por parte del propietario de la vivienda (a diferencia de la VPO en el que protege el registrador el derecho de la Administración exigiendo su consentimiento o autorización) pudiendo en estos casos la vivienda ser transmitida y sin límites de precios ni régimen de autorización, sino que tienen por objeto determinar una vinculación a este destino, de tal modo que si bien puede ser objeto de transmisión no puede serlo de arrendamiento diferente del previsto o de alquiler a un colectivo diferente.

Así podemos citar como ejemplos de mayor uso las siguientes notas marginales en la materia junto con su regulación<sup>(10)</sup>:

Nota marginal de destino de alquiler social o venta por precio asequible:

- artículo 60.1 párrafo segundo Real Decreto 853/2021, de 5 de octubre, por el que se regulan los programas de ayuda en materia de rehabilitación residencial y vivienda social del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Nota marginal de derecho de retorno (que está siendo utilizada en áreas de rehabilitación masivas):

- DA8.<sup>a</sup> LAU; artículo 15RH; artículo 18.1 e y 19 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

Nota marginal de destino a arrendamiento o cesión de uso por, al menos 25 años:

- Artículo 25 pfo 3.º del Plan Estatal de la Vivienda 2018-2021 (en el marco del programa de fomento del alquiler de la vivienda).

---

(10) <https://sede.registradores.org/sede/sede-corpme-web/informacion-y-ayuda/instancias-presentacion/propiedad>.

Nota marginal de destino a arrendamiento o cesión de uso por, al menos 40 años:

- Artículo 66 pfo 1.<sup>a</sup> del Plan Estatal de la Vivienda 2018-2021 (en el marco del programa de fomento de viviendas para personas mayores y personas con discapacidad).

Nota marginal de calificación definitiva de VPO:

- Artículo 99 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, texto refundido aprobado por Decretos 2131/1963, de 24 de julio, y 3964/1964, de 3 de diciembre.

#### 4. VIVIENDA DE PROTECCIÓN OFICIAL Y «OKUPACIÓN»

Dentro de los problemas generales que acontecen en materia de vivienda en nuestro país y con diferente presión según las zonas geográficas nos encontramos con el problema de la «okupación». En relación a la misma, ha llegado a haber movimientos más o menos incluso simpatizantes con dichas prácticas ilegales, llegándose a la situación en la cual cuando un propietario se veía privado de su derecho de propiedad mediante la mera okupación de su vivienda por un tercero, transcurridas 48 horas de la misma no podía proceder ni tan siquiera al corte de los suministros básicos de la vivienda por considerarse un tipo de delito penal de coacciones para obtener la restitución de su propiedad que debía de ser declarada judicialmente junto con el lanzamiento del «okupa» en un largo proceso judicial. De esta problemática no ha estado exenta la vivienda de protección oficial<sup>(11)</sup>, en cuyo caso la okupación al realizarse sobre viviendas financiadas, subvencionadas o creadas para un fin social y con el dinero de los contribuyentes se producía en definitiva sobre un patrimonio de los ciudadanos y sobre las inversiones del estado frustrando además las oportunidades de acceder a las mismas a las personas que legítimamente habían acreditado su situación y cumplimiento de requisitos para optar a las mismas, castigando así un sistema permisivo al ciudadano cumplidor frente al incumplidor que podían tener o no como nexo común un estado de necesidad de vivienda.

Esta situación ha sido abordada por las Administraciones también no solamente para evitar la okupación de viviendas públicas sino también

---

(11) [https://www.elconfidencial.com/espana/andalucia/2022-05-07/andalucia-okupacion-vpo\\_3419399/](https://www.elconfidencial.com/espana/andalucia/2022-05-07/andalucia-okupacion-vpo_3419399/).



para incentivar la denostación de dichas prácticas de okupación llegando en algunas de las legislaciones autonómicas a excluir a okupas como beneficiarios de las adjudicaciones de una vivienda pública. Es decir, toda aquella persona condenada por un delito de okupación no podrá optar a una vivienda de protección oficial como por ejemplo ocurre en Andalucía tras la reciente modificación del decreto que regula el Plan de vivienda, rehabilitación y regeneración urbana de Andalucía 2020-2030, más conocido como Plan Vive. Si bien en esta norma hay alguna excepción curiosa. Por ejemplo, las familias en circunstancias de vulnerabilidad avaladas por los servicios sociales sí podrán tener derecho a una vivienda de protección a pesar de tener antecedentes por okupación.

En este aspecto, cabe destacar que, los juzgados han recibido en los últimos cinco años casi 17.000 demandas por okupación ilegal de viviendas en toda España. Según los datos del CGPJ, entre el tercer trimestre de 2018 y el segundo trimestre de este año 2024, se han contabilizado 17.264 ingresos de procedimientos de este tipo en los Juzgados de Instrucción y Primera Instancia, con una media de 9 demandas al día. No estando exentas de esta problemática las viviendas de protección oficial.

## 5. VIVIENDA DE PROTECCIÓN OFICIAL Y ALQUILER TURÍSTICO

Otra de las cuestiones que inciden de forma directa en la vivienda en general y en las viviendas de protección oficial en particular, es el alquiler turístico. Las viviendas destinadas a alquiler turístico y de corta estancia, que se comercializan a través de las plataformas online en la mayoría de los casos, así como la llamada economía colaborativa recae también sobre este tipo de viviendas siendo este uso contrario a su naturaleza, habida consideración de que la concesión de las referidas viviendas a los adjudicatarios de las mismas obedece a una situación de necesidad de vivienda permanente y conlleva el cumplimiento de dicha situación (so pérdida de los beneficios concedidos) y no entra en su esfera el realizar un negocio lucrativo con la misma (con su uso) puesto que ello implica que el oferente tiene otra morada donde residir además de la vivienda de protección oficial. Así, en zonas de gran presión turística nos encontramos con que un gran número de viviendas sujetas a un régimen de protección oficial y que han sido sufragadas con el dinero de todos para una finalidad concreta sirven de elemento de negocio lucrativo para el adjudicatario de forma contraria a su fin natural. Dicho fraude contra el erario público y las políticas sociales.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV. (Rams Albesa, Dir. Lacruz Bescós / Vigil de Quiñones Otero, Coords). *Tratado de Derecho civil. Tomo X. La fe pública registral*. Dykinson, Madrid 2021.
- (Murga Fernández, J. P., y Vigil de Quiñones Otero, D.) *Manual de Derecho registral inmobiliario*. Aranzadi, Cizur menor 2024.
- ARNÁIZ EGUREN, R., «Notas sobre el acceso al Registro de la Propiedad de las limitaciones en la facultad de disponer sobre viviendas acogidas la Protección Oficial. Comentario al artículo 27 del RD 1392/1991, de 21-12». *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 295, 1992.
- BALLESTEROS ALONSO, M., «La enajenación de viviendas de VPO por parte de los Ayuntamientos», (BCNR-277, 1991).
- *Cuadernos de legislación sobre vivienda de protección oficial*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. [https://boe.es/buscar/legislacion.php?campo%5B2%5D=tit&dato%5B2%5D=viviendas%20de%20protecci%C3%B3n%20oficial&accion=Buscar&checkbox\\_solo\\_tit=S&sort\\_field%5B0%5D=PESO&sort\\_order%5B0%5D=desc](https://boe.es/buscar/legislacion.php?campo%5B2%5D=tit&dato%5B2%5D=viviendas%20de%20protecci%C3%B3n%20oficial&accion=Buscar&checkbox_solo_tit=S&sort_field%5B0%5D=PESO&sort_order%5B0%5D=desc).
- BALLESTEROS ALONSO, M., *La colaboración público-privada y el reto de la vivienda. Índice Internacional de Derechos de Propiedad 2023*. Instituto de Estudios Economicos, Madrid, 12 de febrero, de 2024.
- *La vivienda protegida y el alquiler social en España*. Estudio Monográfico Defensor del Pueblo. Separata del volumen II del Informe anual 2018. Madrid.
- GARCÍA GARCÍA, *Código de la Legislación Inmobiliaria y del Registro Mercantil*. 7.<sup>a</sup> Ed. Civitas, 2011.
- HERNÁNDEZ CRESPO, C., «Viviendas de protección oficial». *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 211, 1985.
- NASARRE AZNAR, S., *Sobre la crisis de la vivienda: la protección de la propiedad privada favorece la igualdad y promueve la libertad y la democracia*. Revista economistjurist. Artículo 22 de Septiembre, de 2024.
- PERTEGUER PRIETO, R., «Ley por el derecho de vivienda y posibles aportaciones del registro de la propiedad para su mejora técnica.» Revista del Instituto de Estudios Económicos, ISSN 0210-9565, núm. 3, 2022 (Ejemplar dedicado a: La necesidad de garantizar la propiedad privada en España como condición para la mejora del mercado del alquiler. Índice Internacional de Derechos de Propiedad 2021Revista), pp. 79-91.
- REBOLLEDO VARELA, A. L., «El derecho constitucional de acceso a la vivienda: la adquisición y transmisión de las viviendas de protección pública». En AA. VV. (Guilarte Gutiérrez, Coord) *Propiedad y Derecho Civil*, Colegio Nacional de Registradores, Madrid 2006, pp. 151-158.
- VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., «Aspectos registrales del régimen de viviendas protegidas: su aplicación a la legislación de la Comunidad de Madrid.» *Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo*. Núm. 13. enero-marzo 2007.
- Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de ac-



tuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos.

## **C. Vivienda habitual y propiedad horizontal.**

### **Especial referencia a la problemática de las comunidades con viviendas turísticas \***

**Juan Pablo Murga Fernández**  
*Profesor Titular de Derecho Civil*  
*Universidad de Sevilla*  
*jpmurga@us.es*

**RESUMEN:** *El presente trabajo analiza los problemas convivenciales que plantean las viviendas turísticas en los edificios sujetos a un régimen de propiedad horizontal. Se determinan las implicaciones que presenta la descripción del uso de la vivienda en el título constitutivo, así como las posibles medidas que pueden incluirse en los estatutos para afrontar las molestias ocasionadas por las viviendas turísticas. En este contexto, se determinan los problemas ocasionados por las limitaciones estatutarias redactadas con anterioridad a la entrada en vigor del artículo 17.12 LPH, las múltiples dudas interpretativas que ha planteado el referido precepto, la doctrina jurisprudencial recaída sobre el mismo, así como las últimas*

---

\* El presente trabajo se enmarca en las Cátedras de Derecho Registral (Referencia: 4535/0681) y Derecho Notarial de la Universidad de Sevilla (Referencia: 2820/1135).

*reformas legislativas operadas (en particular, el nuevo artículo 7.3 LPH y su conexión con el número de registro único).*

**PALABRAS CLAVE:** *Propiedad horizontal, vivienda habitual, vivienda turística, modificaciones estatutarias.*

**ABSTRACT:** *This paper analyses the cohabitation problems caused by tourist homes in buildings subject to a horizontal property regime. It identifies the implications of the description of the use of the property in the condominium rules, as well as the possible measures that can be included in these rules to deal with the nuisance caused by tourist homes. In this context, the problems caused by the statutory limitations drafted prior to the entry into force of Article 17.12 of the LPH are determined, along with the multiple interpretative doubts raised by the aforementioned provision, the case law doctrine applicable to it, and the latest legislative reforms (in particular, the new Article 7.3 of the LPH and its connection with the single registration number).*

**KEYWORDS:** *Horizontal property, habitual residence, tourist home, condominium statutory modifications.*

**SUMARIO:** 1. Notas introductorias: vivienda habitual, propiedad horizontal y su problemático encaje con las viviendas de uso turístico. 2. Implicaciones del destino de la vivienda descrito en el título constitutivo de la propiedad horizontal. 3. La prohibición de actividades y usos de las viviendas contenidas en los estatutos de la comunidad: en particular, la prohibición de viviendas turísticas. 3.1 Redacción de la prohibición en los estatutos: criterios jurisprudenciales. 3.2 Inclusión de la prohibición en los estatutos en aplicación del artículo 17.12 LPH: controversias interpretativas, doctrina jurisprudencial e interpretación auténtica aclaratoria. 4. La verdadera novedad: el artículo 7.3 LPH y el papel desempeñado por el número de registro único. 5. El incremento de la cuota de gastos para el propietario de la vivienda turística y su inexplicable alcance irretroactivo. Bibliografía.

## 1. NOTAS INTRODUCTORIAS: VIVIENDA HABITUAL, PROPIEDAD HORIZONTAL Y SU PROBLEMÁTICO ENCAJE CON LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO

Un importante porcentaje del parque de viviendas existente en España está constituido por inmuebles sujetos a un régimen de propiedad horizontal. En los núcleos urbanos de las grandes ciudades, de hecho, puede afirmarse que nos encontramos ante una realidad dominante. El Preámbulo de

la LPH de 1960 destaca que «la esencial razón de ser del régimen de la propiedad horizontal descansa en la finalidad de lograr el acceso a la propiedad urbana mediante una inversión de capital que, al poder quedar circunscrita al espacio y elementos indispensables para atender a las propias necesidades, es menos cuantiosa y, por lo mismo, más asequible a todos y la única posible para grandes sectores de personas». No dejan de ser paradójicas estas palabras en un mercado inmobiliario actual en que el acceso a la propiedad resulta cada vez más gravoso e inaccesible, al margen de tratarse de «pisos» en régimen de propiedad horizontal. A ello se une el correlativo aumento del precio del alquiler, cuyos motivos excederían de los límites de este trabajo. Para aumentar esta compleja realidad asistimos a una explosión del mercado de viviendas turísticas auspiciado, entre otras razones, por la gran desprotección que sufren los propietarios frente a los arrendatarios incumplidores. El alquiler turístico, señaladamente en las ciudades con una importante afluencia turística, constituye indudablemente una opción mucho más rentable y segura para los propietarios. El impacto económico de este auge de las viviendas turísticas es incuestionable, aunque no son pocas las consecuencias negativas que está provocando: a) encarecimiento del alquiler de las viviendas en los núcleos urbanos de las grandes ciudades hasta extremos que están haciendo inviable los arrendamientos de media y larga duración para uso de vivienda en tales zonas<sup>(1)</sup>. b) Transformación de los barrios o zonas donde se concentra la oferta de este tipo de viviendas, que está acabando poco a poco con la población residente ordinaria. c) Intensificación de las actividades molestas llevadas a cabo por los usuarios de este tipo de viviendas, que alteran claramente los usos característicos de los residentes habituales. En este contexto, los establecimientos hoteleros vienen denunciando competencia desleal e intrusismo, pues no compiten en condiciones de igualdad dado el carácter clandestino de un importante porcentaje de las viviendas turísticas<sup>(2)</sup>.

---

(1) Así se subraya en el Preámbulo del Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: «Se observa que el incremento de los precios del mercado de la vivienda ha sido particularmente intenso en entornos territoriales de fuerte dinámica inmobiliaria caracterizados por una mayor actividad turística desarrollada sobre el parque de viviendas existente. Ello se pone de manifiesto si se analiza la evolución de los precios en los últimos años: las provincias en las que los precios de la vivienda se han incrementado con mayor intensidad han sido Madrid, Barcelona, Las Palmas, Baleares, Málaga y Santa Cruz de Tenerife. No cabe duda de que, aunque pueden existir diversos factores que explican este incremento de los precios, el fenómeno creciente del alquiler turístico de vivienda a través de plataformas p2p incide en un contexto en el que, además, la demanda de vivienda en alquiler está creciendo con intensidad».

(2) En distintas comunidades y municipios están adoptándose sanciones de diversa índole para luchar contra el carácter clandestino de las viviendas de uso turístico: *vid.* por ejemplo el caso reciente de Santiago de Compostela, donde el Ayuntamiento ha ordenado el 220 órdenes de suspensión de la actividad turística no autorizada e incluso se han llegado a precintar pisos turísticos (fuente: [https://www.antena3.com/noticias/economia/santiago-compostela-precinta-primeras-viviendas-turisticas-licencia\\_2024092266f06d36b3741e0001ef6fe8.html](https://www.antena3.com/noticias/economia/santiago-compostela-precinta-primeras-viviendas-turisticas-licencia_2024092266f06d36b3741e0001ef6fe8.html)).

Los conflictos se agudizan con especial intensidad cuando se trata de pisos turísticos integrados en edificios sujetos a un régimen de propiedad horizontal. El equilibrio entre las legítimas pretensiones del propietario que en ejercicio de las facultades que le son inherentes pretenda explotar económicamente su vivienda mediante su destino turístico y aquellas de los que pretendan dar un uso residencial a las mismas no es tarea sencilla.

El panorama normativo en esta materia tampoco ayuda, pues se aglutinan normativas sectoriales autonómicas en materia turística<sup>(3)</sup>, regulaciones municipales de corte urbanístico (sujetas a constantes cambios que tratan de ofrecer respuestas a los innumerables retos planteados<sup>(4)</sup>) y la sucesión de reformas operadas en la Ley de Propiedad Horizontal que poco aportan para arrojar claridad sobre el particular. En este sentido merece especial mención el apartado 12 del artículo 17 LPH añadido en primer término por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler<sup>(5)</sup>, y reformado con carácter reciente a través de la Disposición final cuarta de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de

---

(3) Se trata de normas reglamentarias de carácter administrativo dictadas por las Comunidades Autónomas en materia de viviendas de alojamiento o fin turístico a raíz de la controvertida reforma de la LAU operada en 2013 a través de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. Se introduce un nuevo apartado e) al artículo 5, por el que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LAU los contratos que consistan en «la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística». Esto es, como puede apreciarse, quedan excluidas precisamente en lo que a nosotros interesa, las viviendas turísticas, siempre que éstas se comercialicen o promocionen en canales de oferta turística (o por cualquier otro modo de comercialización o promoción), ello se haga con finalidad lucrativa y en la medida en que estén sometidas a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial. Existe, así, una remisión (de alcance «pretendidamente» general) de este tipo de contratos a la normativa sectorial que, en su caso, dicten las respectivas Comunidades Autónomas, de forma que aquéllas en las que no exista tal normativa reglamentaria, se seguirán aplicando las disposiciones de la LAU sobre arrendamiento para uso distinto del de vivienda. Comunidades Autónomas, que pueden dictar tales normas en ejercicio de la competencia con la que cuentan en materia de promoción y ordenación del turismo, ex artículo 148.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución Española (en adelante, CE). ¿Pero acaso la normativa sectorial puede regular todos los aspectos de estos contratos? Nada más lejos de la realidad, pues los aspectos civiles del contrato son propios de la competencia en materia de legislación civil que es exclusiva del Estado, en virtud del art.149.1.8.<sup>a</sup> CE, y no pueden ser objeto de regulación por parte de tales normas administrativas de carácter reglamentario (*vid.* al respecto MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (2019), *RCDI*, pp. 2226 y ss.

(4) Como ejemplo representativo y reciente puede destacarse el controvertido Plan especial urbanístico de alojamientos turísticos, de 23 de diciembre de 2021 dictado en Barcelona. El Plan establece el crecimiento cero de las VUT en toda la ciudad; para evitar una excesiva concentración y garantizar una distribución territorial equilibrada, cuando cese una VUT de una de las zonas saturadas se permitirá una nueva alta o la redistribución de la zona de crecimiento contenido.

(5) Este Real Decreto-Ley se vio precedido por otro de idéntico contenido, el 21/2018, de 14 de diciembre, que no fue convalidado Congreso de los Diputados, de modo que quedó derogado por Resolución de 22 de enero de 2019, del Congreso de los Diputados.

Justicia<sup>(6)</sup>. Con este artículo 17.12 LPH, como se analizará en profundidad, se trata de facilitar la adopción de restricciones al destino turístico de las viviendas por parte de las comunidades de propietarios evitando la necesaria unanimidad exigible ante la modificación del título constitutivo o los estatutos (*ex* artículo 17.6 LPH). La redacción originaria del artículo 17.12 LPH provocó importantísimas dudas interpretativas<sup>(7)</sup> superadas con dos importantes Sentencias de Pleno de la Sala Primera del TS, de 3 de octubre de 2024<sup>(8)</sup>, que posteriormente parecen haberse zanjado a nivel legislativo con la última reforma apuntada. La propia Ley Orgánica 1/2025 ha introducido un nuevo apartado tercero al artículo 7 LPH que da una nueva vuelta de tuerca a las viviendas turísticas en los edificios sujetos a un régimen de propiedad horizontal, toda vez que exige la autorización de la comunidad de propietarios para dicho destino turístico<sup>(9)</sup>. En este contexto, guarda también una enorme repercusión la creación del procedimiento de Registro Único de Arrendamientos implementado mediante el Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de Registro Único de Arrendamientos y se crea la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos para la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración. El propósito perseguido por este Registro Único, en lo que aquí interesa y se verá con detalle, es el control del cumplimiento de las exigencias legales de las viviendas turísticas para admitir su comercialización por los canales turísticos. Hay importantes cuestiones de Derecho transitorio planteadas por esta compleja sucesión de reformas normativas que también deben ser aclaradas oportunamente.

## 2. IMPLICACIONES DEL DESTINO DE LA VIVIENDA DESCRITO EN EL TÍTULO CONSTITUTIVO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Un primer aspecto que debe analizarse es la descripción que, en su caso, puede hacer el título constitutivo acerca del uso o destino de las viviendas sujetas a propiedad horizontal. El artículo 5, párrafo 3.º de la LPH

---

(6) La nueva redacción del apartado 12 del art.17 LPH ha entrado en vigor el 3 de abril del presente años 2025.

(7) Que anticipamos en nuestros trabajos MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (2019), *RCDI*, pp. 2221-2276; MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (2022), pp. 7-49.

(8) ECLI: ES: TS:2024:4790, ECLI: ES: TS:2024:4791.

(9) Se introduce el artículo 7.3 LPH a través de la Disposición final primera de la Ley Orgánica 1/2025, con entrada en vigor a partir del 3 de abril de 2025.



prevé que en el título constitutivo de la propiedad horizontal puedan contenerse<sup>(10)</sup>, entre otros aspectos, «disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso o destino del edificio y sus diferentes pisos o locales (...)». Si en dicho título constitutivo se indica que el edificio y sus pisos integrantes están destinados a uso de vivienda, ¿se trata del único uso permitido, de modo que cualquier cambio de tal uso exigirá su la correlativa modificación? Nótese que la modificación del título constitutivo, con carácter general, exige unanimidad en aplicación del artículo 17.6 LPH. En el singular caso de Cataluña, la modificación de los estatutos, desde la redacción originaria de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, y hasta la actualidad, es posible con el voto favorable de las cuatro quintas partes de los propietarios con derecho a voto, que deben representar a la vez las cuatro quintas partes de las cuotas de participación<sup>(11)</sup>.

Lo primero que debe aclararse a este respecto es el cambio de paradigma que para esta materia supuso la modificación introducida en el artículo 7 LPH tras la aprobación de la Ley 8/1999. Con anterioridad a la reforma los propietarios de pisos o locales sólo podían realizar las actividades permitidas en el título constitutivo o en los estatutos, quedando prohibidas todas las demás. Tras la reforma del 99 todas las actividades se encuentran permitidas, siempre que respeten la normativa administrativa correspondiente, a excepción de las prohibiciones específicas incluidas en los estatutos<sup>(12)</sup>.

Siguiendo esta evolución normativa, no es de extrañar que la respuesta ofrecida por la jurisprudencia y la doctrina de la actual DGSJFP haya sido vacilante en orden a determinar el alcance de la descripción del destino de la vivienda en el título constitutivo de la propiedad horizontal. En efecto, en un primer momento, pueden encontrarse Sentencias y Resoluciones de la DGRN en las que se entiende que el propietario del piso debe ajustar su uso a lo determinado en el título constitutivo. Así, por ejemplo, la STS de 28 de abril de 1978<sup>(13)</sup>, sostuvo que la expresión de la cláusula estatutaria «los pisos habrán de destinarse a vivienda» impedía la instalación de una oficina, y dio lugar a la resolución del contrato de arrendamiento, instado por la comunidad. Esta fue también la postura sostenida en la RDGRN de 25 de septiembre de 1991: en el título constitutivo constaba el destino del desván a trastero, de modo que tras las obras pertinentes los adquirentes

(10) Se trata, por tanto, de un contenido potestativo, aunque muy habitual en la práctica.

(11) Cfr., el vigente artículo 553-26.2 a) del CCCat: «Es preciso el voto favorable de las cuatro quintas partes de los propietarios con derecho a voto, que deben representar a la vez las cuatro quintas partes de las cuotas de participación, para: a) Modificar el título de constitución y los estatutos, salvo que exista una disposición legal en sentido contrario».

(12) Sobre esta modificación *vid.* ampliamente ECHEVERRÍA SUMMERS, F. M. (2020), pp. 319 y ss.

(13) ECLI: ES: TS:1978:88.

lo destinaron a vivienda; al solicitar la inscripción de la declaración de obra nueva el Registrador la denegó, criterio que fue confirmado por la DGRN, ya que el nuevo uso sólo tendría cabida tras la oportuna reforma del título constitutivo (por unanimidad) que así lo reflejara. También puede destacarse a este respecto, la STS de 23 de noviembre de 1995<sup>(14)</sup>: en los estatutos de la comunidad constaba el destino de los pisos a vivienda y el destino de los locales de planta baja y sótano a industrias o negocios; los constructores promotores otorgantes de los estatutos, posteriormente, destinaron un local y los dos pisos de la primera planta a un establecimiento hostelero, siendo demandados por el Presidente. En Primera Instancia se desestima la demanda, al entender que no se trataba de una actividad prohibida, y no se había acreditado tampoco que fuera incómoda o molesta. La Audiencia Provincial revocó la Sentencia de Instancia, entendiendo que el destino permitido era sólo vivienda y que además se trataba de una actividad incómoda. El Tribunal Supremo confirmó el criterio de la Audiencia Provincial.

No obstante, la postura contraria parece ser la prevalente en la jurisprudencia actualmente, a saber, que la mera descripción del destino en el título constitutivo no implica prohibición de realizar actividades diversas. A este respecto pueden destacarse las SSTs, de 23 de febrero 2006<sup>(15)</sup> (permitiendo la instalación de un gimnasio en un local destinado a oficina), 20 de octubre de 2008<sup>(16)</sup> (destinando dos locales a actividad comercial, a pesar del silencio del título constitutivo), o las de 24 de octubre de 2011<sup>(17)</sup>, 4 de marzo de 2013<sup>(18)</sup> y 1 de octubre de 2013<sup>(19)</sup>, que permiten transformar en vivienda un elemento privativo, constando la descripción del mismo en el título constitutivo como local comercial<sup>(20)</sup>. Son ilustrativas a este respecto las palabras empleadas por la STS de 23 de febrero de 2006<sup>(21)</sup>: «En el título constitutivo y los estatutos se hace constar de ordinario el uso y destino del edificio, pero esta mera descripción no supone limitación del uso o de las facultades dominicales, pues para ello deviene necesaria una cláusula o regla precisa y concreta, con obligación para los comuneros de su cumplimiento, tanto para los fundadores de la comunidad, como para los titulares posteriores, y a ninguno de ellos se le puede privar de la utilización de su derecho de propiedad como considere oportuno, siempre que el destino elegido no esté prohibido singularmente en aquellos documentos». Ahora bien, al margen de lo anterior, lo que sí

(14) ECLI: ES: TS:1995:8156.

(15) ECLI: ES: TS:2006:697.

(16) ECLI: ES: TS:2008:5457.

(17) ECLI: ES: TS:2011:8009.

(18) ECLI: ES: TS:2013:1641.

(19) RJ 2013, 6886; *vid.* su comentario a cargo de GARCÍA GARCÍA, J. M. (2017), pp. 1243 y 1244.

(20) ÁLVAREZ OLALLA, P. (2020), pp. 386-387.

(21) ECLI: ES: TS:2006:697.

se reitera unánimemente por parte de la jurisprudencia es la importancia de la descripción del edificio y de sus partes contenida en los estatutos o en el título de propiedad como elemento relevante en la labor interpretativa que deba llevarse a cabo<sup>(22)</sup>.

En definitiva, como subraya la sentencia del TSJ de Cataluña, de 13 de septiembre de 2018<sup>(23)</sup> (admitiendo la posibilidad de que un piso se destine a uso turístico a pesar de que el título constitutivo lo vincule a vivienda), «los derechos de disfrute tienen a atribuir al titular de los elementos privativos las máximas posibilidades de utilización, con el límite representado tanto por la concurrencia de los derechos de igual clase de los demás cuanto por el interés general, que tiende a la conservación del edificio y a la subsistencia del régimen de propiedad horizontal, que requiere de una base material y objetiva. De este modo, los propietarios de los elementos privativos pueden ejercitar todas las facultades propias del derecho de propiedad, entre ellas, destinarlos a los usos que prefieran sin más restricciones que las que deriven de la Ley y del régimen de propiedad horizontal (...). En este sentido, aunque en el título constitutivo de la propiedad horizontal conste un determinado destino de los elementos privativos, de hecho, el título puede ser modificado en este punto sin necesidad del consentimiento de la Junta de propietarios si los estatutos de la comunidad de propietarios no hubiesen prohibido alterarlo»<sup>(24)</sup>.

---

(22) SSTS de 23 de febrero de 2006 (ECLI: ES: TS:2006:697), de 10 de octubre de 2007 (ECLI: ES: TS:2007:7016). Cabe destacar que la doctrina de la DGRN ha sido más vacilante que la del TS a este respecto, pudiendo encontrarse Resoluciones que impiden la inscripción de un cambio de destino previsto en el título constitutivo y otras que lo admiten, siendo mayoritarias las primeras; cfr. las Resoluciones de 12 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7887), 20 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1694), 25 de septiembre de 1991 (RJ 1991, 6236), 4 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2471), 23 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1860), 9 de mayo de 2005 (RJ 2005, 5641), 18 de junio de 2010 (RJ 2010, 4875), 24 de octubre de 2011 (RJ 2012, 431), 15 de julio de 2013 (RJ 2013, 6679), 21 de octubre de 2014 (RJ 2014, 6098); todas ellas comentadas por GARCÍA GARCÍA, J. M., (2017), 1263-1287.

(23) ECLI: ES: TSJCAT:2018:5827.

(24) Se sigue a este respecto la doctrina sentada igualmente por la STS de 20 de septiembre de 2007 (ECLI: ES: TS:2007:5835—admitiendo la conversión de un sótano en garajes—): «la concepción del derecho de propiedad en nuestro Ordenamiento Jurídico, no sujeta a otras limitaciones que las expresamente previstas en las leyes y as que convencionalmente se establezcan, así como la inexistencia en el título constitutivo de una prohibición expresa del cambio de uso o destino de los locales comerciales del edificio (...) implica que las restricciones a las facultades dominicales han de interpretarse limitadamente, de tal forma que su titular pueda acondicionar su propiedad al uso que tenga por conveniente, siempre y cuando no quebrante alguna prohibición legal, y ello aunque suponga un cambio de destino respecto del previsto en el título constitutivo». Son numerosas, además, las sentencias de Audiencias Provinciales que siguen fielmente este criterio jurisprudencial; vid., entre otras, las recientes sentencias de la AP de Barcelona, de 1 de marzo de 2010 (Roj: SAP B 2038/2010 – ECLI: ES: APB:2010:2038); de la AP de Valencia, de 30 de marzo de 2011 (Roj: SAP V 1623/2011 – ECLI: ES: APV:2011:1623); de la AP de Barcelona, de 12 de julio de 2011 (Roj: SAP B 7704/2011 – ECLI: ES: APB:2011:7704); de la AP de Barcelona, de 21 de mayo de 2015 (Roj: SAP B 5188/2015 – ECLI: ES: APB:2015:5188); de la AP de Barcelona, de 22 de marzo de 2018 (Roj: SAP B 2250/2018 – ECLI: ES: APB:2018:2250).

Esta corriente jurisprudencial se ve además confirmada en Cataluña en el artículo 553-10.1.c) del CCCat, en el que se ha establecido que no se precisa el consentimiento de la Junta de propietarios para la modificación del título de constitución si la motivan: «c) *Las alteraciones del destino de los elementos privativos, salvo que los estatutos lo prohíban*»<sup>(25)</sup>.

### 3. LA PROHIBICIÓN DE ACTIVIDADES Y USOS DE LAS VIVIENDAS CONTENIDAS EN LOS ESTATUTOS DE LA COMUNIDAD: EN PARTICULAR, LA PROHIBICIÓN DE VIVIENDAS TURÍSTICAS

Se indicaba en el apartado anterior, que la mera descripción en el título constitutivo del uso al que se destine la vivienda no impide otros posibles usos. Cuestión distinta es la inclusión de una prohibición expresa de un determinado uso o actividad en las viviendas o locales de la propiedad horizontal. Estas prohibiciones son perfectamente posibles y su admisibilidad no está condicionada al carácter molesto de la actividad vedada: la STS de 20 de febrero de 1997<sup>(26)</sup>, afirma que «no cabe apreciar que la prohibición concerniente a actividades no permitidas en los estatutos presuponga, necesariamente, que las mismas hubieren de ser dañosas, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres». La inclusión de estas prohibiciones presenta una ventaja práctica evidente: todo acto contrario a la prohibición estatutaria legitimará el ejercicio de la acción de cesación, pues el primero de los supuestos de hecho recogidos en el artículo 7.2 de la LPH es el desarrollo de una actividad prohibida en los estatutos. Esto es, se evita la necesidad de demostrar el carácter molesto de la actividad o uso prohibido, que siempre ha de ser probada, tratándose de un concepto jurídico indeterminado que no puede determinarse de forma apriorística.

Centrándonos en las prohibiciones relacionadas con el destino turístico de las viviendas de la propiedad horizontal, hay dos cuestiones que resultan especialmente controvertidas: ¿la prohibición debe ser textual en orden a la inclusión de la referencia al uso específicamente turístico prohibido de la vivienda? Tras la entrada en vigor del apartado 12 del artículo 17 LPH, en su redacción originaria ¿cabe incluir una prohibición del uso turístico de la vivienda con un acuerdo comprensivo de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación?

(25) MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (2019), *RCDI*, pp. 2244 y ss.

(26) ECLI: ES: TS:1997:1168.

### 3.1 Redacción de la prohibición en los estatutos: criterios jurisprudenciales

Comenzando con la primera cuestión, con carácter reciente se han dictado distintas sentencias por parte de la Sala Primera del TS que acogen un criterio bastante uniforme sobre el particular. Nótese que son todos casos de prohibiciones ya contenidas en los estatutos de las respectivas comunidades que pretenden hacerse valer para lograr el cese del uso turístico de las viviendas. Se trata, así, de distintos casos de disposiciones estatutarias en las que sin existir una mención literal a la prohibición del destino «turístico» de las viviendas, se acaba estimando bajo el cobijo de fórmulas más genéricas (o con identidad de razón) que seguidamente se detallarán<sup>(27)</sup>.

La primera de las sentencias del TS que cabe mencionar es la de 27 de noviembre de 2023<sup>(28)</sup>. Se trata de un edificio con dos portales, uno con acceso a locales comerciales y otro con entrada a pisos de uso residencial. Los estatutos de la comunidad especificaban literalmente lo siguiente: «En los departamentos independientes del edificio -viviendas- a los que se accede por el portal uno [...] no podrán ejercerse actividades profesionales, empresariales, mercantiles o comerciales de ningún tipo; reservándose su uso al de carácter exclusivamente residencial. En el portal uno del edificio, no podrán, en consecuencia, instalarse placas anunciadoras de dichas actividades ni, en general, de ningún tipo, ni señal alguna que permita identificar a los propietarios o inquilinos de los componentes del inmueble». Dos viviendas se destinaron a alquiler turístico y la comunidad instó el cese de la actividad. El Juzgado de Primera Instancia desestimó las pretensiones de la comunidad y argumentó «que la doctrina jurisprudencial es constante en afirmar que, como el derecho a la propiedad privada está constitucionalmente protegido ( artículo 33 CE) y que sus limitaciones deben interpretarse con carácter restringido, existe una plena libertad del propietario de un elemento privativo para decidir su uso, sin que la mera indicación de su carácter residencial en la descripción del inmueble pueda suponer una limitación en aquel sentido, salvo que exista en el título constitutivo una prohibición expresa. En definitiva, no cabe prohibir a los demandados la destinación de las viviendas a uso vacacional, pues ese uso no deja de ser residencial y, por tanto, al darles ese destino no contravienen los estatutos». La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de Instancia con una argumentación similar. El TS, tras recordar que toda prohibición o limitación en la propiedad horizontal son posibles siempre que atiendan al

(27) Cfr. en este punto el amplio estudio de los criterios jurisprudenciales llevado a cabo por BERENGUER ALBALADEJO, M.<sup>a</sup> C. (2021), pp. 187 y ss., y la clarificadora sistematización de posibles cláusulas estatutarias propuesta.

(28) ECLI: ES: TS:2023:5197.

interés general de la comunidad y que deben constar de forma expresa, estima el recurso de casación y sostiene que del tenor de los estatutos cabe deducir claramente la prohibición de destino turístico de las viviendas referidas. Señala el TS que «la actividad del alquiler de los pisos de uso turístico consiste [...] no solo en la puesta a disposición material de los inmuebles para su utilización por terceras personas, que acceden a su uso mediante el pago de un precio y, de esta forma, cubren sus transitorias necesidades de habitación, sino también la prestación de servicios adicionales a los que haremos referencia, algunos incluso dentro de los propios pisos litigiosos. Dicha actividad es prestada por una sociedad mercantil con ánimo de lucro, que actúa en el tráfico jurídico para su explotación, la cual voluntariamente se sometió al régimen jurídico del Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico de Asturias». En la referida normativa autonómica se disponen un conjunto de obligaciones asumidas por los propietarios, que implican «la prestación de una serie de servicios y asunción de determinados deberes inherentes a la comercialización de los pisos como de uso turístico»; ello implica, «que la actividad de la empresa explotadora no se desarrolle extramuros de los inmuebles litigiosos, sino también en su interior, por lo que, si bien están destinados a residencia de los usuarios, en ellos también se lleva a cabo una actividad empresarial publicitada en el mercado turístico». En definitiva, se estima que la actividad desarrollada presenta una naturaleza empresarial y comercial, incurriendo en la prohibición estatutaria.

Esta misma doctrina sentada por la Sala Primera del TS es reiterada en la STS de 29 de noviembre de 2023<sup>(29)</sup>. En este caso se plantea si el destino como apartamento turístico está comprendido en la cláusula de las normas de comunidad de un edificio establecidas por la promotora e incluida en los contratos de compraventa de las viviendas y conforme a la cual: «Sobre la utilización de las viviendas y los espacios comunes a ellas atribuidos - Queda terminantemente prohibido la realización de actividad económica alguna en las viviendas (oficina, despacho, consulta, clínica, etc.,...) salvo que la propia subcomunidad de portal lo autorice por unanimidad previa consulta obligatoria de algún interesado». El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial acogen las pretensiones de la comunidad de propietarios y sostienen que la actividad en cuestión está incluida en la prohibición estatutaria. Ello por cuanto el alquiler de viviendas para uso turístico es una actividad económica equiparable a las actividades económicas que, a título ejemplificativo, se enumeran en las normas de la comunidad, caracterizadas todas ellas por ser usos distintos del de vivienda y en las que concurre un componente comercial, profesional

---

(29) ECLI: ES: TS:2023:5199.

o empresarial. Los propietarios que recurren en casación defienden que la prohibición de usos y la limitación del derecho de propiedad debe hacerse de forma expresa y con una interpretación restrictiva, de ahí que no quepa interpretar que la prohibición de actividades económicas comprenda toda posible actividad comercial, como pueda ser el alquiler turístico no mencionado textualmente en los estatutos. El TS establece que «a la vista de la legislación sectorial turística de la Comunidad Autónoma y las ordenanzas municipales aplicables, destaca, en primer lugar, la condición de actividad económica de la actividad de alquiler de las viviendas que se ofrezcan o comercialicen como alojamiento por motivos turísticos o vacacionales, y que son cedidas temporalmente por la persona propietaria, explotadora o gestora y comercializadas directamente por ella misma o indirectamente, a terceros, de forma reiterada o habitual y a cambio de contraprestación económica. El que el desempeño de esa actividad comporte una serie de requisitos y condiciones, incluidos los de funcionamiento, implica la prestación de una serie de servicios y la asunción de determinados deberes inherentes a la comercialización de las viviendas para uso turístico que determinan que la actividad y la prestación del servicio turístico se desarrolle en la propia vivienda. Lo señalado permite, como bien dice la Audiencia, concluir que el alquiler de viviendas para uso turístico es una actividad incluida en la prohibición estatutaria, pues es una actividad económica, equiparable a las actividades económicas que a título ejemplificativo se enumeran en la Norma Quinta de los Estatutos, caracterizadas todas ellas por ser usos distintos del de vivienda y en los que concurre un componente comercial, profesional o empresarial. Esta interpretación es conforme con la jurisprudencia de la sala acerca de que las limitaciones tienen que ser claras, precisas y expresas porque la inclusión de la actividad turística en la prohibición estatutaria es perfectamente coherente con su letra y espíritu, que no es otra que prohibir que en las viviendas se ejercite una actividad económica con un carácter comercial, profesional o empresarial como sucede con los apartamentos turísticos».

En definitiva, las limitaciones y prohibiciones al uso de las viviendas sometidas a un régimen de propiedad horizontal adoptadas por la comunidad son posibles siempre que respondan a un interés general<sup>(30)</sup> de la comunidad, sean expresas y, para poder tener eficacia frente a terceros, deben aparecer inscritas en el Registro de la Propiedad (con ello, evitamos la posible existencia de terceros de buena fe a los que no resulte oponible la

---

(30) Así lo destaca ÁLVAREZ OLALLA (2020), pp. 389-390: «No puede tratarse, pues, de una prohibición o restricción que responda al mero capricho o a la mera arbitrariedad, o que se inspire en principios discriminatorios, como aquéllos que impidiesen la utilización del inmueble (la adquisición o el arrendamiento) por parte de personas pertenecientes a determinadas razas, orientaciones sexuales, o con determinadas circunstancias familiares».

prohibición de destino turístico de la vivienda, *ex arts. 32 y 34 de la LH*)<sup>(31)</sup>. El carácter expreso de la prohibición no exige que deba existir una previsión literal de todas las actividades posibles para que puedan verse afectadas por la misma. Una referencia, así, a una actividad comercial o económica alcanza la actividad turística (también la alusión a la prohibición de «pensión», «hospedería» o destino exclusivo como «residencia familiar»). Así se colige de los cánones de interpretación gramatical y teleológico de las disposiciones estatutarias que parece razonable (no tendría sentido exigir la mención al alquiler turístico cuando constituye una actividad desconocida en la generalidad de los casos en que se establecieron las prohibiciones enjuiciadas por las sentencias citadas, a lo que se une una falta de uniformidad en la terminología empleada en las distintas normas para referirse a las viviendas turísticas<sup>(32)</sup>), si bien abocado a un análisis necesariamente casuístico de las distintas prohibiciones objeto de conflicto. Se trata de una doctrina que ha sido reiterada por el TS en las SSTs de 24 de enero de 2024<sup>(33)</sup>, 29 de enero de 2024<sup>(34)</sup> y 30 de enero de 2024<sup>(35)</sup>.

(31) MOLINA ILLESCAS, S. (2024), *La Buhaira*, p. 33.

(32) CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2024), *La Buhaira*, p. 46.

(33) ECLI: ES: TS:2024:196. En este caso, los estatutos contenían la siguiente prohibición que el TS entendió aplicable a las viviendas turísticas: «Las viviendas se consideran como residencias familiares exclusivamente y en consecuencia no podrá desarrollarse en ellas, por sus propietarios, familiares o inquilino o terceras personas ninguna actividad profesional, comercial o industrial o cualquier otro uso no mencionado expresamente que altere el principio de «residencia familiar». Esta prohibición que se establece por deseo unánime de todos sus propietarios será mantenida invariablemente como condición expresa en todas las transmisiones de dominio que puedan tener lugar por cesión, venta, herencia o cualquier otra causa».

(34) ECLI: ES: TS:2024:315. En este caso los estatutos prohibían dedicar las viviendas a «pensión»; el TS sostiene que «no se puede afirmar que dicho piso esté destinado a vivienda y no dedicado a pensión, tal y como exige el mencionado artículo estatutario, ya que, entendidas estas palabras conforme a lo que resulta del diccionario de la lengua española de la RAE, la vivienda es el lugar en el que se habita, se vive, o se mora, es decir, el lugar en el que se reside habitualmente, mientras que la pensión es el lugar en el que se reciben huéspedes mediante precio convenido. Y disfrutar de una estancia en una vivienda turística no es, propiamente, tener una vivienda, es decir, una residencia habitual en la que se vive, se habita o se mora, sino estar en una vivienda, de forma ocasional, hospedado o alojado a cambio de un precio. [...] la inclusión de la actividad turística en la prohibición estatutaria es perfectamente coherente con su letra y espíritu, ya que es claro que la contraposición entre la vivienda y la pensión como destinos de los pisos debido y prohibido, respectivamente, refleja una diferencia de fines expresiva de la voluntad comunitaria de que aquellos se dediquen a la residencia habitual o permanente de personas y no al simple hospedaje o alojamiento mediante la ocasional estancia de estas a cambio de precio».

(35) ECLI: ES: TS:2024:331. En este supuesto los estatutos de la comunidad contemplaban la prohibición siguiente: «Cambiar el uso de la vivienda por otro distinto de su habitual y permanente, transformándola en local comercial industrial, ni destinarla, ni aun en parte, a colegios, academias, hospederías, depósitos, agencias, talleres ni a fines vedados por la moral por la Ley». El TS sostiene que la referencia a una «hospedería» alcanza el destino como vivienda turística de las viviendas: «[...] Ejerce la demandada una actividad abierta al público, anunciada en plataformas publicitarias, cuya esencia radica en satisfacer las necesidades de alojamiento transitorio inherentes a la actividad de turismo, que no constituye, desde luego, ese uso permanente y habitual al que se refiere la norma estatutaria, y que guarda identidad de razón con la prohibición establecida de destinar los pisos a hospedería, por lo que concluir que está vedada la posibilidad de utilizarlos con destino turístico no conforma una interpretación arbitraria, ni prohibir dicho uso constituye un abuso de derecho».



### 3.2 **Inclusión de la prohibición en los estatutos en aplicación del artículo 17.12 LPH: controversias interpretativas, doctrina jurisprudencial e interpretación auténtica aclaratoria**

Aquellas comunidades que carezcan de prohibiciones al uso turístico en sus estatutos (o en términos más genéricos, como acaba de verse, de actividades comerciales, económicas, o semejantes que puedan alcanzar dicho uso) se ven abocadas a su inclusión. Es aquí donde entra en juego el apartado 12 del artículo 17 LPH, cuyo tenor literal, en su versión originaria, merece reproducirse en este punto: «El acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Asimismo, esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20%. Estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos». Como puede comprobarse, se aludía a la posibilidad de «limitar o condicionar» el ejercicio de la actividad turística mediante una eventual modificación del título constitutivo o los estatutos, con el voto favorable de tres quintas partes de las cuotas de participación. No se mencionaba expresamente el término «prohibición» y esto ha generado un mar de dudas<sup>(36)</sup> con posiciones contrapuestas a nivel doctrinal y por parte de las Audiencias Provinciales, así como la propia DGSJFP: en unos casos se admitía la inclusión de una prohibición con ese voto favorable de las tres quintas partes de las cuotas de participación y, en otros, se exigía unanimidad. El TS, como era previsible, sentó doctrina sobre el particular para zanjar la disparidad de criterios a través de dos sentencias de Pleno de la Sala Primera, de 3 de octubre de 2024<sup>(37)</sup>. El legislador, por su parte, mediante la última reforma implementada en el texto del artículo 17.12 LPH, a modo de interpretación auténtica, ha confirmado igualmente dicha doctrina ju-

(36) FUENTES-LOJO RIUS, A. (2018), *AC*, p. 6/10 critica el carácter confuso de la redacción del artículo 17.12 LPH a este respecto, subrayando que la propia Abogacía Española informó al Ministerio sobre el particular: «No obstante, a la luz de este nuevo redactado tan confuso de la LPH, habrá que estar a atento a lo resuelvan los tribunales para ver si siguen la senda de la jurisprudencia catalana. La Abogacía Española informó al Ministerio de la importancia de ser más conciso en este aspecto para evitar que se generara litigiosidad en torno a esta cuestión».

(37) ECLI: ES: TS:2024:4790, ECLI: ES: TS:2024:4791. El el interés casacional que presentaba esta disparidad de criterios a nivel de las Audiencias Provinciales era evidente *ex* artículo 477. 3 LEC.

risprudencial. Conviene hacer un recorrido por estas corrientes interpretativas dispares y por el criterio finalmente asentado jurisprudencial y legislativamente.

Comenzando con la posición contraria a la inclusión de la eventual prohibición en el marco del originario artículo 17.12 LPH, a nivel doctrinal puede destacarse la posición encabezada por GOMÁ LANZÓN, para quien «lo que dice la norma es que la junta de propietarios podrá limitar o condicionar esa actividad, no dice expresamente que la pueda prohibir de plano, y esa ausencia es significativa. Limitar supondría establecer restricciones (por ejemplo, que no más de un tanto por ciento de los inmuebles del edificio se dediquen a esto, que exista un horario de entrada y salida de usuarios, impedir celebrar fiestas por parte de inquilinos, no permitir que usen la piscina o el gimnasio u otras instalaciones comunes, temas de ruidos, basuras... puede ser muy variado). Y condicionarlo sería establecer requisitos previos o simultáneos para poder ejercer esa actividad, quizá uno podría ser tener un seguro que específicamente cubra los daños que pudieran derivarse a instalaciones de la comunidad, que solamente se estén utilizando simultáneamente un determinado porcentaje de las viviendas totales para este uso, etc.»<sup>(38)</sup>. Esta misma inteligencia ha sido la acogida por distintas Audiencias Provinciales en tiempos recientes: señaladamente, las de Madrid, Málaga (si bien no con carácter uniforme en este caso, pues hay sentencias que admiten la prohibición de uso turístico en aplicación del artículo 17.12 LPH), Granada y Huesca.

La AP de Madrid dictó tres sentencias que reiteran la imposibilidad de prohibir en aplicación del artículo 17.12. En la SAP Madrid de 15 de junio de 2022<sup>(39)</sup> se establece que «a través del acuerdo impugnado se ha introducido una cláusula estatutaria que no persigue limitar o condicionar el uso turístico, que es lo que permite el artículo 17.12 de la LPH, sino prohibir esa actividad. Ello es así dado que la exigencia de unanimidad para

---

(38) GOMÁ LANZÓN, F. (2019). Seguido, entre otros, por MAGRO SERVET, V. (2019). GOMÁ añade, que «pueden ser restricciones muy variadas y en ocasiones no exentas de dudas sobre su admisibilidad. Hay que tener en cuenta que, aunque el nuevo párrafo 12 del artículo 17 de la LPH establezca simplemente un régimen de mayorías para adoptar el acuerdo, éste deberá ser proporcional a las necesidades de la comunidad y tener una causa clara. Y ello porque en caso contrario podría entenderse que perjudica innecesariamente a los propietarios que no han votado a favor, y ser anulado por haberse adoptado con abuso de derecho (artículo 18.1.c LPH). Por ejemplo, si el problema es que hay un uso inadecuado del portal que perjudica a los vecinos, no se antoja justo prohibir el uso también a propietarios de viviendas que tengan acceso directo desde la calle. [...] Por todo ello parece muy conveniente que los acuerdos de comunidad que se refieran a la actividad de alquiler turístico, para restringirlos, estén especialmente explicados y casualizados. Indicando el problema que se ha detectado, y las soluciones, y cuidando de que con las restricciones impuestas no se llegue a una práctica imposibilidad de alquilar, porque eso implica excederse de lo permitido por la ley. Y lo mismo respecto del establecimiento de cuotas especiales para las viviendas que realicen esta actividad. [...]».

(39) ECLI: ES: APM:2022:9236.

consentirlos alojamientos de uso turístico en la finca se traduce en un auténtico veto a la facultad de los propietarios de arrendar su vivienda para ese uso, y ello mediante la imposición de un quórum diferente al establecido en la ley. Lo que el citado precepto permite es que, mediante una mayoría cualificada, se establezcan limitaciones o condiciones a dicha actividad, pero en el caso que nos ocupa mediante esa mayoría lo que se acuerda, en realidad, es una modificación estatutaria que hubiera requerido de unanimidad (art. 17.6 LPH), al tratarse de un supuesto de prohibición que carece de encaje en el artículo 17.12 LPH. No es cierto, como afirma la juzgadora de instancia, que la comunidad de propietarios pueda prohibir el ejercicio de la actividad turística, sino que lo único que se le reconoce en dicho precepto es la posibilidad de limitarlo o condicionarlo. Prohibición que, además, implica una restricción de las facultades dominicales, lo que enlaza con el motivo de impugnación que denuncia la infracción del artículo 33 CE. En efecto, el derecho a la propiedad privada, consagrado en dicha norma, es concebido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente que, en todo caso, deben ser interpretadas de un modo restrictivo. [...] A lo que se añade que la interpretación de las limitaciones debe ser siempre de carácter restrictivo, como cualquier menoscabo del derecho de propiedad». Esta misma postura se acoge en las Sentencias de 6 de julio de 2022<sup>(40)</sup> y 29 de septiembre de 2023<sup>(41)</sup>; y también, como se ha anticipado, en las Sentencias de las AAPP de Málaga 8 de abril de 2022<sup>(42)</sup>, de Granada de 24 de mayo de 2024<sup>(43)</sup> y de Huesca de 22 de abril de 2024<sup>(44)</sup>.

Otro sector doctrinal, liderado por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y al que nos adscribimos, estimaba que sí cabía la prohibición, atendiendo a una

---

(40) ECLI: ES: APM:2022:10835.

(41) ECLI: ES: APM:2023:15448.

(42) ECLI: ES: APMA:2022:946.

(43) ECLI: ES: APGR:2024:959. La Audiencia incluye en su argumentación un interesante ejemplo que aclara su posición (propuesto por la parte recurrente): «Aquí se trata de que una Comunidad de Propietarios prohíbe una actividad en su ámbito, pero el precepto de cobertura dice «límite o condicione» el ejercicio de esa actividad. De ahí que el ejemplo al que alude la parte de la prohibición de circular a velocidad superior a una determinada no sirva, puesto que no es que prohíba circular (aquí sería el uso de la vivienda o ejercicio de una concreta actividad en ella), sino que se prohíbe hacerlo a más de esa velocidad, con lo que sí cabe circular por la vía afectada (aquí el ejercicio de actividad) pero con esa limitación. Otra cosa es que se pongan límites o condiciones al ejercicio de esa actividad en las viviendas integradas en esa propiedad horizontal. Surge la duda de qué contenido podría tener ese acuerdo que ponga límite o condiciones al ejercicio de esa actividad de arrendamientos turísticos. Aquí, podría entrar la de limitar el número de usuarios, permitir o no mascotas, establecer días u horas de ingreso o salida, obligación de aseguramiento específico por daños, presencia del propietario o arrendador a la entrada para comunicar específicamente al usuario las reglas de uso de elementos comunes, etc.».

(44) ECLI: ES: APHU:2024:123.



interpretación gramatical y teleológica del precepto: desde un punto de vista gramatical la posibilidad de prohibir el uso turístico de un piso es una clara limitación (la mayor limitación posible, ciertamente). Nótese que el canon de interpretación gramatical consagrado en el artículo 3.1 CC debe atender en primer término al significado técnico-jurídico de los términos empleados por la norma. En este sentido, bajo la noción de «limitación» al derecho de propiedad (en contraste con los límites que delimitan el contenido esencial del derecho) se recogen técnicamente las mayores restricciones posibles a su contenido, donde llega a tener cabida hasta la propia prohibición de disponer (*ex* arts. 26 y 27 LH; ello supone una ablación, aunque sea temporal, de la facultad de disposición integrante del derecho de propiedad). Desde esta óptica, pues, el término «limitación» ampara indudablemente la prohibición de un determinado uso o destino de la propiedad. Del mismo modo, la mejor doctrina afirma unánimemente que el criterio gramatical no puede ser el único que emplee el intérprete: debe conjugarse con los criterios sistemático y teleológico<sup>(45)</sup>, siendo este último especialmente relevante en la controversia que nos ocupa (y ante posibles discrepancias entre el criterio gramatical y teleológico, ha de prevalecer este último)<sup>(46)</sup>. En efecto, atendiendo a la finalidad perseguida por el Real Decreto que implanta el nuevo precepto (el fomento del mercado del alquiler, en el que se consideran los alquileres turísticos como un claro obstáculo para ello), ¿cómo no va a ser conforme a tal espíritu la posibilidad de prohibir tal fenómeno? Sería, incluso, la opción más conforme a tal propósito de la norma<sup>(47)</sup>. Finalmente, como argumento *a fortiori* puede destacarse que el CCCat emplea en su artículo 553-2.e) el término «limitación» y no «prohibición» al referirse a las cláusulas estatutarias que

---

(45) Así lo afirmaba el ilustre Don Federico DE CASTRO Y BRAVO (2008), pp. 521-522: «En ningún caso basta la interpretación gramatical. Esta afirmación hay que hacerla contra la tendencia introducida por los humanistas, con sus métodos filológicos, en contra del *mos vetum* y de su preferencia por la *ratio legis*; toda regla jurídica, aun la de apariencia más clara gramaticalmente, requiere una interpretación jurídica conforme a su fin. No es cierto que en el sentido gramatical indudable de las palabras encuentra la actividad interpretadora un límite infranqueable, ni que pueda encontrarse detenida por erratas de imprenta, errores de expresión o defectos de redacción. [...] La letra de la ley es un medio para conocer el mandato y nunca causa o pretexto para que no se cumpla el verdadero sentido de la ley». En sentido análogo se pronuncia PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2022), p. 127: «Es cierto que la interpretación gramatical constituye el primer elemento de interpretación. Sin embargo, el gramatical, no debe ser el único canon a emplear al objeto de desvelar el significado de las normas. Ello por cuanto que la interpretación que resulta de la literalidad se debe contrastar con la que se deriva del empleo de los demás cánones. Sobre todo [...], con las consecuencias derivadas del empleo del canon sistemático y de la consideración del espíritu y finalidad de la norma aplicable».

(46) PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2022), p. 128: «En ciertos casos puede suceder que existan divergencias en orden a la interpretación que resulta de emplear el canon gramatical y la que se deriva del recurso de la consideración del espíritu y finalidad de la norma. En tales supuestos, la interpretación derivada del canon gramatical cobra carácter subsidiario».

(47) CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2019), *RDP*, pp. 14 y 15.

deben considerarse válidas y la jurisprudencia del TSJ de Cataluña y de la AP de Barcelona admiten de forma unánime la posibilidad de que las prohibiciones se incluyan en los estatutos de la comunidad<sup>(48)</sup>.

Esta última posición favorable a la posibilidad de establecer una verdadera prohibición del destino turístico de las viviendas en los estatutos ha sido la sostenida igualmente por la DGSJFP. Así lo apuntó por primera vez, aunque sin tratarse de la cuestión principal recurrida en el caso, la Resolución de la DGSJFP de 16 de junio de 2020<sup>(49)</sup>, mostrándose opuesta a la interpretación contraria a la prohibición defendida por algunos Registradores: «En cuanto al alcance de la modificación que se pueda hacer en los estatutos amparándose en la mayoría especial establecida por el artículo 17.12 de la Ley sobre propiedad horizontal, como alega el recurrente, el propio texto de la norma, literalmente entendido, cuando alude a que ‘se limite’, es decir, ‘poner límites a algo’, en modo alguno impide la prohibición de una actividad. Es más, cuando expresa «limite o condicione», la disyuntiva indica claramente que se refiere a supuestos distintos y alternativos, admitiéndolos de mayor a menor en cuanto a las facultades limitativas que se reconocen a la comunidad de propietarios». Esta misma argumentación es reiterada por la DGSJFP a través de resoluciones posteriores que sí abordaron la problemática como cuestión principal: las de 5 de noviembre de 2020<sup>(50)</sup>, 15<sup>(51)</sup> y 22 de enero de 2021<sup>(52)</sup>. Se acoge, así, la doble fundamentación, gramatical y teleológica, que entendemos más razonable<sup>(53)</sup>.

Por su parte, en la jurisprudencia menor también puede constataarse, como se ha advertido, sentencias de AAPP que han admitido la prohibición del destino turístico bajo el cobijo del artículo 17.12 LPH. Así, pueden destacarse las Sentencias de las AAPP de Cantabria (23<sup>(54)</sup> y 28 de noviembre de 2022<sup>(55)</sup>), Guipuzkoa (30 de septiembre<sup>(56)</sup> y 20 de mayo de 2022<sup>(57)</sup>), Pontevedra (28 de abril de 2022<sup>(58)</sup>) y Alicante (26 de febrero de 2024<sup>(59)</sup>). De entre todas ellas, cabe subrayar lo establecido en la SAP de

---

(48) *Id.*, por todas, la reciente STSJ de Cataluña de 13 de septiembre de 2018 (ECLI: ES: TSJCAT:2018:5827). Así lo destaca igualmente FUENTES-LOJO RIUS, A. (2018), *AC*, p. 6/10.

(49) *BOE* núm. 209, de 3 de agosto de 2020.

(50) *BOE* núm. 309, de 25 de noviembre de 2020.

(51) *BOE* núm. 24, de 28 de enero de 2021.

(52) *BOE* núm. 37, de 12 de febrero de 2021.

(53) Para una explicación detallada de las distintas posiciones doctrinales acogidas en esta materia, *vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2022), pp. 114 y ss.

(54) ECLI: ES: APS:2022:1728.

(55) ECLI: ES: APS:2022:1679.

(56) ECLI: ES: APSS:2021:1573.

(57) ECLI: ES: APSS:2022:588.

(58) ECLI: ES: APPO:2022:1127.

(59) ECLI: ES: APA:2024:358.

Pontevedra, en la que se incide en sinsentido que supone exigir unanimidad para incluir una prohibición atendiendo a la finalidad perseguida por el artículo 17. 12 LPH: «[...] Para aprobar la limitación del alquiler turístico por una comunidad de propietarios bastará el voto de las tres quintas partes del total de los propietarios que representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. La pretensión de la demandante de que el acuerdo de prohibición de alquiler turístico necesitaba unanimidad, lo era antes de la entrada en vigor del apartado 12 del artículo 17 LPH (6 de marzo 2019) introducido por ley 7/2019 de 1 de marzo, pues con la reforma operada por esta ley se trata de permitir adoptar un acuerdo que excluya un uso concreto, el de cesión para uso turístico, no por unanimidad, lo que ya hubiera sido posible en el ámbito de la propiedad horizontal antes de la ley 7/2019, sino por una mayoría cualificada, de no ser así, seguiría siendo necesario contar con el consentimiento del propietario potencialmente afectado para adoptar este acuerdo, lo que, desde luego, no responde al sentido de la reforma». La SAP de Guipuzkoa de 20 de mayo de 2022 apoya, por su parte, su fundamentación en el criterio de interpretación gramatical del artículo 17.12 LPH: «Consideramos que comprender dentro del objeto de los acuerdos que precisan el voto favorable de tres quintos del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, aquellos que prohíben la actividad de uso de piso turístico en los pisos del edificio de la comunidad no supone realizar una interpretación extensiva del artículo 17.12 LPH, sino una interpretación acomodada a su tenor literal. Es cierto que el citado precepto no utiliza la expresión ‘prohibir’, sino ‘limitar’, pero entre las diversas acepciones de dicho verbo, la primera es ‘poner límites a algo’; y prohibir el desarrollo de una concreta actividad en las viviendas privadas del inmueble constituye un límite a su uso, no una prohibición absoluta del mismo. Por ello, no podemos compartirla conclusión que establece la sentencia de instancia en el sentido de que el acuerdo impugnado debió haberse adoptado por unanimidad, habiéndose alcanzado en el caso de autos las mayorías legalmente exigibles».

El Tribunal Supremo, a la vista del interés casacional que presentaba la materia dada la disparidad de criterios observada entre Audiencias, ha sentado doctrina mediante dos importantes sentencias de Pleno de 3 de octubre de 2024<sup>(60)</sup>. En la primera de ellas una comunidad de propietarios, que acordó la prohibición de destino turístico de las viviendas por mayoría de tres quintos, recurre en casación una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid en la que se estima el recurso de apelación interpuesto por una entidad mercantil propietaria de uno de los pisos decretando así

---

(60) ECLI: ES: TS:2024:4790, ECLI: ES: TS:2024:4791.

su nulidad. La segunda de las sentencias de Pleno tiene por objeto el recurso de casación frente a una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, donde tres sociedades mercantiles propietarias de cinco apartamentos impugnan un acuerdo de prohibición del uso turístico de las viviendas adoptado por la comunidad amparándose en el artículo 17.12 LPH. Las recurrentes estiman que la Audiencia realiza una interpretación extensiva del artículo 17.12 de la LPH, cuando las limitaciones a las facultades dominicales del propietario deben interpretarse restrictivamente, y además debe prevalecer la interpretación literal, sin que el término limitar sea sinónimo de prohibir. Limitar es «poner límites a algo», mientras que prohibir es «vedar o impedir el uso o la ejecución de algo». Por todo ello, se estima que los acuerdos de las comunidades de propietarios que prohíban esa actividad son nulos, al exceder de los términos permitidos por la ley, que únicamente autoriza limitar o condicionar el alquiler turístico.

El Alto Tribunal reitera, en primer término, su jurisprudencia sobre la admisibilidad del establecimiento, dentro del régimen de propiedad horizontal, de restringir o prohibir ciertas facultades de goce de los propietarios sobre sus pisos o locales, con el fin de armonizar los intereses particulares con los comunes. Tales restricciones son válidas si se acuerdan conforme a Derecho, respetando los límites del artículo 1255 del CC, y sin que los derechos constitucionales a la propiedad privada (artículo 33) y a la libertad de empresa (artículo 38) supongan un impedimento. En este contexto, se afirma que «impedir el uso para alquiler turístico constituye una prohibición, que es legítima, y que, por lo tanto, no cabe negar, dado que no altera el contenido esencial del derecho de propiedad. O, dicho de otra forma, las facultades de los propietarios, para definir el destino de sus pisos o locales, no son omnímodas, sino susceptibles de ser sometidas a límites tanto legales como convencionales. Ello es así, dado que la titularidad dominical de los comuneros no abarca una relación de pertenencia absoluta con facultades inquebrantables de gozar y disponer, puesto que caben legítimas restricciones al *agere licere* (al actuar permitido) que les corresponde y, específicamente, en el régimen de la propiedad horizontal».

Sentado lo anterior, se apela a la prevalencia que debe conferirse al criterio de interpretación teleológico, que en este caso conduce a una invocación del Preámbulo del RDL 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, confirmando así la admisibilidad de la posible prohibición de uso turístico ex artículo 17.12 LPH: «[e]l espíritu y finalidad de la norma no es contrario, sino que propicia precisamente la interpretación de que la limitación de la actividad del alquiler turístico comprenda su prohibición. La voluntad del legislador proclive a favor del arrendamiento residencial frente al alquiler turístico, que se pretende restringir con la finalidad de incrementar el parque de viviendas para

arrendamiento, con la natural repercusión sobre los precios y correlativa reducción del esfuerzo de las economías familiares. Condicionar o restringir el ejercicio de aquella actividad no soluciona, al menos, en la misma medida, la problemática de las dificultades de acceso a la vivienda, que se pretenden corregir por medio de tal disposición normativa».

A esta misma conclusión se llega en aplicación del canon de interpretación gramatical: «Desde un punto de vista semántico, la expresión legal «límite o condicione» establece dos supuestos distintos y alternativos, uno de menor intensidad (el condicionamiento) y otro de mayor alcance (la limitación), y dentro de esta última nada impide que la limitación pueda llegar a la prohibición de la actividad. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, «limitar» no solo significa «poner límites a algo», sino también, «fijar la extensión que pueden tener la autoridad o los derechos y facultades de alguien». Es decir, la posibilidad de limitación conferida legalmente a las comunidades de propietarios de limitar la actividad de pisos turísticos en el inmueble puede suponer también su completa prohibición, que sería el máximo del límite. Interpretación gramatical que queda reforzada por el significado de «límite» en el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico: «Delimitación de un territorio, de un derecho o del ámbito de las competencias administrativas o jurisdiccionales». Lo que ha hecho el legislador es permitir que las comunidades puedan delimitar el ejercicio de la actividad de pisos turísticos, lo que, en su caso, incluye la posibilidad de su prohibición».

En definitiva, «no tiene sentido que cuando el legislador emplea ambos términos lo haga de forma redundante, y no para ampliar los contornos de las posibilidades que ofrece el artículo 17.12 de LPH. Este precepto constituye precisamente una excepción al régimen de la unanimidad para conseguir que el acuerdo comunitario de veto al alquiler turístico sea posible en derecho. Si no, bastaría con la oposición de quien quiera destinar el inmueble a tal actividad para que el uso turístico deba tolerarse, generándose entonces la problemática derivada de la imposición de condiciones que lo hiciesen inviable en la práctica con la rica problemática judicial e incremento de la litigiosidad que generaría. Se sostiene que no puede admitirse «que las únicas posibilidades que el artículo 17.12 de la LPH oferta a los propietarios con respecto a las molestias y perjuicios derivados del alquiler turístico sean las del artículo 7.2 de la LPH; es decir, una vez producidos, reaccionar frente a ellos a través de lo dispuesto en este precepto, cuando las propias normas estatutarias posibilitan vedar de antemano determinadas actividades que permitan delimitar a los copropietarios la finalidad fundamentalmente residencial de sus inmuebles, sin que la vida vecinal se vea alterada por actividades económicas que la experiencia demuestra introducen un elemento perturbador en la convivencia comunitaria».





Nótese que con esta doctrina jurisprudencial nada se está alterando, de ahí que no quepa plantear el carácter retroactivo o irretroactivo de la misma: desde la entrada en vigor del artículo 17.12 LPH los acuerdos prohibitivos adoptados por la mayoría de tres quintos son perfectamente válidos<sup>(61)</sup>.

Con posterioridad a estos importantes pronunciamientos del TS, el legislador ha tenido a bien modificar el problemático tenor del artículo 17.12 LPH, a modo de interpretación auténtica aclaratoria, consolidando la antedicha doctrina jurisprudencial<sup>(62)</sup>. Podría haberse decantado por acoger una solución diversa, pero en la medida en que la mantiene, la nueva redacción del precepto no puede tildarse como novedosa: se aclara lo que desde la redacción originaria de la norma ya se establecía. Este matiz presenta enorme relevancia en el plano del carácter irretroactivo que proclama la propia norma: no puede sostenerse que la prohibición adoptada por mayoría de tres quintos solo sea posible desde la entrada en vigor del precepto reformado, sino realmente desde el mismo momento en que comenzó a surtir efectos su redacción originaria<sup>(63)</sup>.

---

(61) Desde el 19 de diciembre de 2018 hasta el 22 de enero de 2019, en la efímera vigencia de la redacción originaria del artículo 17.12 LPH con ocasión de la derogación del Real Decreto-Ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler; y seguidamente desde el 6 de marzo de 2019, con la publicación del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

(62) Esta misma conclusión es la que se realiza en la STTSJ de Madrid de 22 de febrero de 2024 (ECLI: ES: TSJM:2024:1908), donde se resuelve el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid ante la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso núm. 32 de Madrid, que había estimado de una entidad mercantil contra la resolución administrativa que ordenó el cese y clausura de la actividad de una vivienda de uso turístico que contaba con la declaración responsable exigida por la normativa turística autonómica. El Juzgado entendió que no era preceptiva la obtención de licencia municipal porque no debía aplicarse con carácter retroactivo el Plan Especial de Hospedaje de 2019. El TSJ Madrid, confirma que el uso de VUT es terciario (hospedaje) y, conforme al PGOUM 97 (Artículo 7.6), de conformidad además con el acuerdo interpretativo de la Comisión de Seguimiento del PGOU de Madrid que aclaró que las VUT sí constituyen sector terciario, de forma que requiere una licencia municipal previa que habilite dicho uso (licencia de cambio de uso de residencial a terciario y/o licencia de actividad), siendo insuficiente la DR autonómica. El TSJ Madrid insiste en que el Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del PGOUM de 23/01/2018 no innovó el ordenamiento, sino que interpretó y clarificó la normativa urbanística ya vigente (PGOUM 97), que ya distinguía entre uso residencial y terciario-hospedaje. Por tanto, no hay aplicación retroactiva de una disposición restrictiva. La exigencia de licencia deriva de normas preexistentes.

(63) Así lo subraya con gran claridad CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2025), *RDP*, p. 104: «Y así también, precisamente, debemos entender que ahora el artículo 17.12 LPH incluya expresamente la posibilidad de prohibir por acuerdo comunitario los pisos turísticos, no como novedad legislativa (ni mucho menos como una vuelta de tuerca en la cuestión), sino a modo de interpretación auténtica de lo que ya antes debía entenderse dentro de la posibilidad de limitar por acuerdo vecinal los pisos turísticos. El legislador, pues, no ha venido a innovar, ni a modificar, para extender el alcance de los posibles acuerdos comunitarios limitativos o condicionantes de los pisos turísticos, sino a aclarar lo que ya debía así entenderse, o interpretarse desde su letra y espíritu con aquel resultado declarativo, ratificando con ello la interpretación ya oficial –y meramente declarativa, insisto, del precepto– hecha por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo».

Con esta premisa, el verdadero alcance que presenta dicho carácter irretroactivo proclamado en la parte final del artículo 17.12 LPH no puede entenderse por completo si no se pone en conexión con el nuevo artículo 7.3 LPH (introducido por la misma Ley Orgánica 1/2025), reforzado extraordinariamente con el igualmente novedoso número de registro único de la vivienda. Afrontaremos el estudio de estas cuestiones en el apartado siguiente.

#### 4. LA VERDADERA NOVEDAD: EL ARTÍCULO 7.3 LPH Y EL PAPEL DESEMPEÑADO POR EL NÚMERO DE REGISTRO ÚNICO

Como viene advirtiéndose, la verdadera novedad introducida por la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2025 viene constituida por el apartado tercero del artículo 7 LPH cuyo tenor reproducimos a continuación: «El propietario de cada vivienda que quiera realizar el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, deberá obtener previamente la aprobación expresa de la comunidad de propietarios, en los términos establecidos en el apartado 12 del artículo diecisiete de esta Ley. El presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerirá a quien realice la actividad del apartado anterior, sin que haya sido aprobada expresamente, la inmediata cesación de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes, siendo de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior».

Como puede apreciarse, se supedita el destino turístico de la vivienda a la autorización por parte de la comunidad de propietarios; en particular, con un acuerdo comprensivo de la misma mayoría exigida para la prohibición de uso turístico de conformidad con el artículo 17.12 LPH: voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. De este modo, el punto de partida en lo sucesivo pasa a ser la prohibición general del destino turístico de la vivienda, que solo puede exceptuarse mediante acuerdo expreso de la comunidad en los términos expresados. De ahí que los acuerdos prohibitivos, a partir de la entrada en vigor del nuevo artículo 7.3 LPH, pasen a ser superfluos desde el punto de vista de sus consecuencias prácticas: partiendo de la prohibición legal que subyace a la exigencia de autorización por la comunidad, cualquier vivienda que inicie una actividad turística sin recabarla será «ilícita», dando cabida al posible



ejercicio automático de la acción de cesación (tal y como por lo demás aclara el propio apartado tercero del artículo 7 en su parte final, donde existe una remisión expresa al artículo 7.2 LPH en la que se regula precisamente la acción de cesación)<sup>(64)</sup>.

Esta nueva realidad ha comenzado a surtir efectos desde el 3 de abril del presente año 2025, toda vez que el novedoso artículo 7.3 LPH no puede aplicarse con carácter retroactivo en virtud de lo dispuesto por la Disposición adicional segunda de la LPH: «Aquel propietario de una vivienda que esté ejerciendo la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que se haya acogido previamente a la normativa sectorial turística, podrá seguir ejerciendo la actividad con las condiciones y plazos establecidos en la misma».

Antes de hacer un ejercicio de recapitulación de las implicaciones que presenta la aplicación conjunta del artículo 17.12 y el artículo 7.3 LPH y de su alcance irretroactivo en términos prácticos, conviene hacer una breve referencia a la última novedad planteada en esta materia: a saber, el número de registro único de las viviendas turísticas introducido por el Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de Registro Único de Arrendamientos y se crea la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos para la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración<sup>(65)</sup>.

El citado Real Decreto 1312/2024 pretende adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, regulando el procedimiento de registro único de arrendamientos y la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos.

---

(64) CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2025), *RDP*, p. 119, sostiene acerca de los posibles acuerdos prohibitivos a partir de la entrada en vigor de la exigencia de autorización por parte de la comunidad que «En ese aspecto estrictamente jurídico, en principio, no parece haber obstáculo para admitir, aunque *ad abundantiam*, aquella prohibición estatutaria, expresa y clara en cuanto sea posible, pero sin olvidar que tal cláusula estatutaria se muestra *secundum legem*, como subrayado de la ilicitud por abusiva, molesta y dañosa, que ya implícita, aunque genéricamente, contenía ya la Ley de Propiedad Horizontal en su artículo 7.2, y ahora más expresa y particularmente, tras su reforma en 2025, en el ap. 3 de ese mismo artículo 7 LPH. Se trataría, a lo más, de una interpretación o concreción consensuada, voluntaria, de lo que ya en general presume la propia norma, evitando así cualquier nimia duda que pudiera plantearse. De modo que nada impediría una interpretación amplia por su resultado de tal cláusula estatutaria prohibitiva, en tanto esa sea la voluntad de la comunidad, sin que al respecto haya apriorismos que obliguen a su necesaria interpretación restrictiva».

(65) A la fecha de redacción de este trabajo se desconoce la suerte que correrá el Real Decreto 1312/2024, toda vez que ha sido objeto un recurso contencioso administrativo por parte Gobierno de Andalucía por invasión competencial. Cfr. la noticia sobre el recurso interpuesto: <https://efe.com/andalucia/2025-05-22/andalucia-recurre-el-registro-unico-de-alquiler-turistico-por-invaldir-sus-competencias/> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2025).

mientos. El Reglamento europeo establece una serie de obligaciones y regulaciones en materia de información que se aplican a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración cuando los Estados miembros hayan establecido procedimientos de registro para las unidades situadas en su territorio. Además, dispone que cuando existan ese tipo de procedimientos de registro, se deberá crear una Ventanilla Única Digital que funcione en el conjunto del Estado miembro. En este contexto y en lo que aquí interesa, a partir del 1 de julio de 2025 toda vivienda turística que pretenda comercializarse en una plataforma en línea de alquiler de corta duración (ya sea con carácter profesional o no profesional, de forma regular o no), deberá obtener previamente el número de registro único en el Registro de la Propiedad. Es una exigencia imperativa para poder ofrecer el servicio de alquiler turístico a través de las plataformas en línea<sup>(66)</sup>. Para la obtención de dicho número de registro único deberá acreditarse que la vivienda se ajusta al conjunto de exigencias civiles y administrativas para su comercialización<sup>(67)</sup>. Esto es, si existe una prohibición de destino turístico incorporada en los estatutos e inscrita en el Registro de la Propiedad que resulte oponible, no se expedirá el número de registro; y tampoco se hará si no se acredita la preceptiva autorización de la comunidad en los supuestos exigibles.

---

(66) Cfr. el artículo 2, apartado c) del Real Decreto 1312/2024, donde se ofrece una definición del «anfitrión o persona arrendadora»: «una persona física o jurídica que presta, o tiene la intención de prestar, un servicio de alquiler de alojamiento de corta duración a cambio de una remuneración a través de una plataforma en línea de alquiler de corta duración ya sea con carácter profesional o no profesional, de forma regular o no»; apartado f), en el que se da una definición del «procedimiento de Registro Único de Arrendamientos»: «es el procedimiento a través del cual se da cumplimiento en España a las obligaciones de registro recogidas en el Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, que se tramitará por el Registro de la Propiedad competente, donde se halla inscrito el inmueble objeto de arrendamiento y donde se hará constar el número de registro asignado al mismo; o en el Registro de Bienes Muebles competente donde se halla inscrito el buque, la embarcación o artefacto naval objeto de alquiler y donde se hará constar el número de registro asignado al mismo»; y el apartado i), donde se ofrece una definición del «número de registro»: «el identificador único de una unidad expedido por el Registrador o Registradora de la Propiedad o de Bienes Muebles competente que permite la identificación de una unidad». También el artículo 5. a) del Real Decreto 1312/2024, sobre obligaciones de las personas arrendadoras: «Obtener previamente el número de registro definido en el artículo 2.i) en el Registro de la Propiedad o en el de Bienes Muebles a los efectos de poder ofrecer sus servicios a través de las plataformas en línea. Este número será otorgado de manera automática e inmediata conforme al artículo 9». Así como el artículo 6 del Real Decreto 1312/2024, donde se impone a las plataformas en línea de alquiler un conjunto de obligaciones tendientes a garantizar que los anfitriones que comercialicen sus viviendas dispongan necesariamente del número de registro único.

(67) MATAS BENDITO, M. (2025), p. 18, destaca que «a través de esta medida, se evitará que puedan ser ofertadas viviendas en unas condiciones contrarias a las dispuestas por la normativa de las diferentes administraciones territoriales, permitiendo a todas ellas llevar a cabo sus labores de inspección y control de forma más eficaz. En definitiva, es previsible que gracias a esta regulación salgan del mercado viviendas actualmente ofertadas de manera irregular, lo que permitirá una mayor oferta de otras fórmulas de arrendamiento como son las de larga duración».

Existe un aspecto un tanto confuso acerca de la entrada en vigor de este novedoso procedimiento de registro único de arrendamientos. En la Disposición final cuarta del Real Decreto 1312/2024 se indica que «El presente Real Decreto entrará en vigor el día 2 de enero de 2025, desplegando efectos sus disposiciones el 1 de julio de 2025, para otorgar un plazo suficiente para realizar las adaptaciones de carácter tecnológico y funcional necesarias por parte de todos los actores implicados en el cumplimiento de la norma [...]». Esta peculiar distinción entre la «entrada en vigor» y el «despliegue de sus efectos», entendemos que debe interpretarse de la forma siguiente: desde el 2 de enero de 2025 puede obtenerse el número de registro único con carácter voluntario y sólo será realmente exigible de forma imperativa a partir del 1 de julio de 2025. Si se conecta este aspecto con la entrada en vigor del artículo 7.3 LPH, puede decirse que desde el 2 de enero hasta el 2 de abril de 2025 las viviendas turísticas han podido obtener el registro único de arrendamientos sin necesidad de aportar la autorización expresa por parte de la comunidad. Hay autorizadas voces doctrinales que discrepan de este parecer, al considerar que con ello se estaría posibilitando lo que podría calificarse como verdadero «fraude de ley» a través de una norma reglamentaria, al margen de que nos encontremos en el período de *vacatio legis* de la norma defraudada (además, se apunta, de rango superior)<sup>(68)</sup>.

---

(68) CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2025), *RDP*, pp. 110 y 111: «A la postre, parece que ambas disposiciones finales aunadas (la 38.ª de la LO 1/2025 y la 4.ª del RD 1312/2024), con la complicidad de aquella nueva disposición adicional 2.ª de la LPH (al declarar irretroactiva la nueva reforma de la LPH), pudieran dejar un margen para el fraude de ley, incluso ante la mirada –atónita– de los propios registradores de la propiedad, al permitir aquellas disposiciones finales y adicional que desde el 2 de enero (fecha de entrada en vigor del RD 1312/2024), y durante 3 meses, hasta el 3 de abril en que entran en vigor los nuevos artículos 7.3 y 17.12 LPH, cualquier interesado en destinar comercialmente su piso a alojamiento turístico, aunque aún no lo esté comercializando ni lo haya arrendado antes 27, así lo haga ante el Registro de la Propiedad sin la previa autorización de la comunidad de propietarios, bastándole con una licencia administrativa para el alquiler turístico que haya obtenido entre el 2 de enero y el 3 de abril; y todo ello aunque la concesión del número de registro obtenido y anotado, mediante nota marginal, en el Registro de la Propiedad no tenga efectos hasta el 1 de julio de 2025; lo cual, si cabe, hace aún más obscena aquella posible actuación fraudulenta, al saberse que tales números de registro ya concedidos por el Registro se harán efectivos en una fecha, el 1 de julio, en que el artículo 7.3 LPH tendrá plena vigencia, desde varios meses antes, cuando exige siempre la autorización expresa previa de la comunidad de vecinos para que cualquiera pueda por primera vez destinar su piso al alquiler turístico. [L]a Ley vigente pero en *vacatio legis*, que puede ser objeto de fraude, sería la LPH en su reforma hecha por la LO 1/2025, y la disposición administrativa –involuntariamente– permisiva del fraude, sería una norma reglamentaria: el RD 1312/2024. De modo que de haber contradicción o antinomia, como la apuntada, por exigencias –incluso constitucionales– de jerarquía normativa debe prevalecer la norma con rango legal sobre la reglamentaria (cfr., arts. 9.3 CE y 1.1 CC). El autor invoca para su posición la autorizada posición de Don Federico de Castro (p. 110): «Como siempre, puede que las enseñanzas del maestro don Federico de Castro nos guíen en tal cuestión, cuando en su Derecho Civil de España (reed., 1984, p. 628), refiriéndose a la vigencia de las normas, decía: «la ley, durante el transcurso de la *vacatio*, sufre el aplazamiento de su eficacia, pero desde su promulgación es ya ley; por ello, no se podrán dictar disposiciones administrativas que difi-

Es hora de recapitular tratando de poner cierto orden a este galimatías propiciado por el legislador planteando los principales escenarios posibles.

a) La primera hipótesis comprendería los casos en que la comunidad incluyera en sus estatutos una prohibición una *prohibición de destino turístico de la vivienda* (o de una actividad comercial, siguiendo la interpretación realizada por el TS a este respecto comprensiva de dicha actividad turística).

– La prohibición será válida en todo caso, lógicamente y al margen de la fecha del acuerdo, si se ha adoptado de forma unánime por la comunidad (artículo 17. 6 LPH).

– La prohibición será igualmente válida, si se acuerda con el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación (artículo 17.12 LPH), desde el 19 de diciembre de 2018 hasta el 22 de enero de 2019 (conforme a la efímera vigencia de la redacción originaria del artículo 17.12 LPH con ocasión de la derogación del Real Decreto-Ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler); o a partir del 6 de marzo de 2019. Así debe interpretarse de conformidad con la doctrina jurisprudencial dictada por el TS y confirmada a modo de interpretación auténtica aclaratoria por el legislador en la redacción vigente dada al artículo 17.12 LPH.

– La prohibición adoptada no puede tener alcance retroactivo, lo cual debe ir referido lógicamente a la actividad de alquiler turístico en sí misma considerada, y no a un concreto alquiler turístico que esté en vigor a la fecha de adopción del acuerdo. Esto es, no puede sostenerse que la prohibición sea inaplicable a los alquileres turísticos en curso, pero sí a los sucesivos, pues tal conclusión vaciaría de contenido el carácter irretroactivo acogido imperativamente por la norma: los alquileres turísticos son para períodos muy breves, de ahí lo absurdo de esta interpretación<sup>(69)</sup>. Así las cosas, todo propietario que haya iniciado la actividad de alquiler turístico con carácter previo a la prohibición, no se verá afectado por la misma.

– Al tratarse de una prohibición dirigida con carácter uniforme y por igual a todos los pisos integrantes del edificio sometido a propiedad horizontal, es irrelevante que el propietario eventualmente afectado hubiera estado ausente de la Junta en que se adopte el acuerdo o se haya opuesto expresamente al acuerdo. Lo relevante, pues, de cara a la irretroactividad

---

culten su puesta en práctica, y los actos realizados en aquel plazo por los particulares, para preparar su defraudación, podrán ser tachados de fraudulentos»».

(69) Así lo defiende igualmente GONZÁLEZ CARRASCO, M.<sup>a</sup> C. (2020), p. 820.

del acuerdo prohibitivo es estar desempeñando la actividad de alojamiento turístico con carácter previo al mismo. Prueba de ello es que el propio artículo 17.12 de la LPH no hace mención alguna a la necesidad de que en la mayoría de tres quintos deba contarse con la presencia o voto favorable de determinados propietarios. En Cataluña la problemática se suscitó en relación con la redacción originaria del artículo 553-25.4 del CCCat, en el que se decía lo siguiente: «*Los acuerdos que disminuyan las facultades de uso y goce de cualquier propietario o propietaria requieren que este los consienta expresamente*»; de forma que se discutía acerca de la necesidad o no de contar con el consentimiento del propietario afectado por la prohibición de uso turístico de los pisos. La jurisprudencia menor y el TSJ consideraban que el consentimiento expreso sólo resultaba necesario en los casos en que las restricciones o prohibiciones de uso sólo se refirieran a un piso en particular, pero no para los supuestos en que se dictaran con carácter general para todos de modo igualitario. El criterio jurisprudencial se tradujo en una reforma del precepto en cuestión, dadas las dudas interpretativas que suscitaba, de modo que en la actualidad se precisa que sólo será necesario el consentimiento expreso del propietario afectado cuando se adopte un acuerdo que «prive a cualquier propietario de las facultades de uso y disfrute de elementos comunes». En este sentido, afirma la SAP de Barcelona de 5 de julio de 2017<sup>(70)</sup> (referida a la redacción originaria del controvertido artículo 553-25.4 CCCat): «(...) no es aplicable en estos casos, salvo que la modificación estatutaria se refiera específicamente al uso de un piso o local concreto y no a la generalidad de los departamentos de la comunidad, la previsión del artículo 553.25.4 del Código Civil de Cataluña conforme al cual los acuerdos que disminuyan las facultades de uso y goce de cualquier propietario o propietaria requieren que este los consienta expresamente, toda vez que interpretarlo de ese modo dejaría vacía de contenido la posibilidad de modificar los Estatutos con el régimen de los cuatro quintos». A la misma conclusión puede llegarse con la interpretación de la irretroactividad proclamada en la parte final del artículo 17.12 de la LPH: dejaríamos vacía de contenido la posibilidad de modificar los estatutos para prohibir las viviendas turísticas si el voto favorable de tres quintos debiera incluir la presencia o voto favorable de determinados propietarios.

– ¿Qué sucedería en el hipotético (e improbable) caso en que alguno de los propietarios que ejercieran la actividad turística votaran a favor del acuerdo prohibitivo? En virtud de la doctrina de los actos propios no podría hacer valer la irretroactividad de la medida, pues ello supondría aten-

---

(70) ECLI: ES: APB:2017:7254

tar frente a la buena fe que debe observarse en el ejercicio de los derechos subjetivos *ex* artículo 7.1 del CC.

– Los propietarios que no hayan iniciado la actividad de alojamiento turístico a la fecha de adopción del acuerdo prohibitivo pero que hubieran ya iniciado los trámites necesarios para obtener las licencias administrativas oportunas, ¿se verán afectados por la prohibición? Entendemos que sí, porque en ese caso sólo tendrían una legítima expectativa, y no un verdadero derecho asimilable al existente en manos de quien ya ejerce realmente la actividad turística en su piso<sup>(71)</sup>.

– Cualquier contravención que se lleve a cabo de la prohibición de destino turístico dará lugar a que pueda ejercitarse automáticamente sin demostración de molestia alguna la acción de cesación. Cabe matizar que, si se trata de una prohibición decretada antes de la adquisición de la vivienda por un tercero y no consta inscrita en el Registro de la Propiedad, no resultará oponible<sup>(72)</sup> salvo que pueda demostrarse que el tercero conocía la existencia del acuerdo prohibitivo (carecerán en ese caso de la buena fe necesaria para ser protegidos por el sistema registral *ex* arts. 34 y 32 de la LH, siguiendo en este último caso un dualismo moderado acerca del tercero hipotecario<sup>(73)</sup>).

---

(71) Coincidimos en este caso con CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2019), *RDP*, pp. 32 y 33: «Admitida, no obstante, la irretroactividad de tales acuerdos prohibitivos o restrictivos, habría que matizar que ello solo protege o deja a salvo a los vecinos que ya antes del acuerdo viniesen alquilando sus pisos al uso turístico, pero, en contra de lo que otros defienden<sup>54</sup>, no nos parece<sup>55</sup> que pueda decirse lo mismo de los vecinos que en el momento en que se adopta el acuerdo se hubiesen opuesto al mismo, ni siquiera a quienes estuviesen en ese momento tramitando las oportunas licencias administrativas para el alquiler turístico. De lo contrario, en realidad el acuerdo prohibitivo solo afectaría a los vecinos que han votado favorablemente a tal acuerdo (precisamente, a quienes quieren protegerse de abusos y molestias) y a futuros adquirentes de los pisos<sup>56</sup>, quedando, entonces, a salvo de tal prohibición los que se opusieron al acuerdo o estaban en trámite de destinar sus pisos a alquiler turístico, cuando en ninguno de tales casos ostentan ya un derecho adquirido que proteger con la irretroactividad que, precisamente a tal fin, establece el artículo 17.12 LPH *in fine*». Así se confirma igualmente en la reciente STSJ Asturias de 26 de mayo de 2021 (ECLI: ES: TSJAS:2021:1367).

(72) FUENTES-LOJO RIUS, A. (2018), *AC*, p. 7/10 destaca que «El principio de seguridad jurídica también impone la necesidad de que la modificación estatutaria de prohibición de uso turístico se inscriba en el Registro de la Propiedad para dotarlo de eficacia frente a terceros que no eran propietarios en el momento en que se adoptó el acuerdo, con independencia de si lo han consultado o no. En virtud del principio jurídico de publicidad registral, si dichos estatutos han sido publicados regístralmente, el ulterior adquirente de un piso o local no podrá alegar eficazmente su ignorancia o desconocimiento. La inscripción de los estatutos no es constitutiva, ni por tanto, obligatoria, de manera que su falta de inscripción en nada afecta a su valor normativo para los propietarios que lo eran en el momento en que se adoptó, ni para los adquirentes que conocieron o podían conocer dicha norma comunitaria en el momento de la transmisión, y por tanto, que no son terceros de buena fe conforme al artículo 553-11.3 del Código Civil de Cataluña. Respecto de los terceros de buena fe, no les vincula si no han sido inscritos (STS, Sala de lo Civil, núm. 720/2015, de 29 de diciembre)».

(73) Sobre la anquilosada cuestión del monismo o dualismo hipotecario, *vid.* el fantástico estudio de GORDILLO CAÑAS, A. (2004), *AAMN*, pp. 95-136.



– La prohibición decretada, siempre que conste en el Registro de la Propiedad, impedirá la expedición del número de registro único de la vivienda turística.

– Por último, cabe plantear una hipótesis nada descabellada que puede darse en la práctica: ¿cabría la expedición del número de registro único de la vivienda a pesar de la existencia de la prohibición si se ha recabado el acuerdo para tal destino por parte de la comunidad de propietarios? Entendemos que resultaría perfectamente posible al tratarse de un acuerdo posterior a la prohibición que quizá se justifique por las especiales características de la vivienda en cuestión (por ejemplo, bajo con salida independiente...); y téngase en cuenta que la mayoría requerida es exactamente la misma que se exigió para la prohibición. No tendría sentido en ese caso que la autorización solo fuera posible previa modificación de los estatutos<sup>(74)</sup>.

b) La segunda hipótesis comprendería los casos en que la comunidad de propietarios no incluyera en sus estatutos una prohibición de destino turístico de la vivienda.

– En ese caso, cabe destinar la vivienda a uso turístico, sin necesidad de recabar el acuerdo expreso por parte de la comunidad, hasta el 2 de abril de 2025.

– Hasta esa misma fecha cabría obtener el número de registro único de la vivienda, si bien no sería preceptivo para admitir su comercialización por los canales turísticos hasta el 1 de julio de 2025, en virtud de la confusa Disposición final cuarta del Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre ya analizada. A partir del 1 de julio de 2025 sí deberá contarse con dicho código para que la promoción en los canales turísticos pueda seguir siendo posible. Nótese que la obtención del número de registro no es demostrativa por sí sola de la actividad turística desarrollada, de forma que para evitar la aplicación de la exigencia de la autorización deberá demostrarse que la actividad turística estaba ya iniciada realmente.

Al margen de lo anterior, la comunidad siempre podrá ejercitar acción de cesación frente al carácter molesto de la actividad turística desarrollada, si bien deberá demostrarse oportunamente.

---

(74) PERTEGUER PRIETO, R. (2025), p. 55, defiende la posición contraria: «En los casos en los que si existen prohibiciones estatutarias inscritas en relación con el ejercicio de la actividad de vivienda turística, la autorización previa al ejercicio de la actividad no será suficiente para el ejercicio de la misma, habida consideración de que supone una modificación estatutaria que requerirá cumplir los requisitos de forma y de inscripción para tener efectos conforme a la LPH no siguiendo el régimen de una autorización sino de una modificación estricta de los estatutos».

Por último, hay un supuesto particularmente controvertido que a buen seguro será fuente de litigiosidad: se trataría de aquellos casos en los que el propietario de la vivienda, amparándose en la inexistencia de una prohibición estatutaria y antes de la exigencia legal del acuerdo por parte de la comunidad, destinase su vivienda a uso turístico y obtuviera de forma voluntaria el número de registro único; con posterioridad, transmitiría esa misma vivienda a un tercero. Cabe preguntarse si el nuevo adquirente debe recabar la autorización en todo caso por parte de la comunidad de propietarios si la fecha de adquisición es posterior al 3 de abril de 2025. La LPH nada dice sobre el particular, si bien acudiendo al texto de la Disposición Adicional segunda de la LPH, parece que el nuevo propietario sí deberá recabar autorización: se alude a «aquel propietario», de forma que el derecho adquirido será exclusivamente del propietario en particular y no de la vivienda.

## 5. EL INCREMENTO DE LA CUOTA DE GASTOS PARA EL PROPIETARIO DE LA VIVIENDA TURÍSTICA Y SU INEXPLICABLE ALCANCE IRRETROACTIVO

Por último, el artículo 17.12 LPH, desde su redacción originaria incluye una medida que ya venía adoptándose particularmente en Cataluña (*ex art. 553-45.4 del CCCat*) y que no ha sido objeto de modificación con las últimas reformas operadas: la posibilidad de acordar un aumento de las cuotas de gastos comunes a los propietarios de las viviendas turísticas<sup>(75)</sup>. Se trata de una medida que puede estar justificada por la utiliza-

---

(75) Hay una interesante SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 28 de abril de 2017 (ECLI: ES: APTF:2017:2498), en la que se plantea, sobre la base de la regulación precedente al Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, la posibilidad de imputar determinados gastos de la comunidad exclusivamente al propietario del piso turístico, en la medida en que responden únicamente a su actividad. El supuesto de hecho enjuiciado tenía por objeto la impugnación del acuerdo adoptado por la junta ordinaria de la comunidad de propietarios celebrada el 12 de abril de 2013 referido al punto siete del orden del día, sobre la presentación y aprobación del presupuesto de gastos y cuotas para el ejercicio de 2013. Se solicitaba la nulidad del acuerdo adoptado y se pedía que como consecuencia de ello se procediera a modificar las cuotas aprobadas reduciéndolas bajo la consideración de determinados aspectos, así como la devolución de las cantidades que hubieran sido cobradas en exceso. La sentencia declaró la nulidad del acuerdo por resultar contrario al sistema de reparto de gastos del artículo 9.1 de la LPH y haberse adoptado con abuso de derecho. En realidad, la razón fundamental para acordar esa nulidad fue, según se argumenta en el fundamento de derecho quinto de la sentencia, que se imputaron a la comunidad (formada por todos los propietarios, tanto los que tienen sus viviendas en explotación turística como los que no) gastos que no le son propios sino que son atribuibles única y exclusivamente a los propietarios que tienen sus viviendas en explotación turística, lo que no solo se contrapone al sistema de distribución del gasto contenido en el artículo 9.1 de la LPH, sino que entraña un abuso de derecho, pues



ción más intensa que pueden hacer de los elementos y servicios comunes (consustancial al mayor provecho que llevan a cabo de su elemento privativo). El vigente artículo 17.12 de la LPH indica a este respecto que la misma mayoría de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación *«se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20%»*<sup>(76)</sup>. Esto es, basta la mayoría de tres quintos para adoptar un incremento en la cuota de gastos del propietario del piso turístico, aunque con un límite cuantitativo del 20% máximo respecto a la cuota de gastos ordinaria. La razón de ser de este límite se desconoce y parece ser un tanto arbitraria, pues nada se dijo al respecto en el texto introductorio del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

De forma incomprensible, el legislador extiende el carácter irretroactivo también para este acuerdo de aumento de cuotas<sup>(77)</sup>. Así lo establece el artículo 17.12 LPH que a modo de cierre proclama que «estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos» (incluyendo, así, tanto al acuerdo que prohíbe el uso turístico, cuanto al que incrementa las cuotas de gastos). ¿Acaso puede interpretarse el alcance de esta proclamada irretroactividad de forma dispar respecto de la prohibición de uso turístico para tratar de sortearla en aras de aplicarla a un propietario que ya viene destinando su vivienda a uso turístico? Si la norma no distingue el alcance de la irretroactividad en uno y otro caso (prohibición y aumento de la cuota de

---

el acuerdo beneficia a unos comuneros (los que tienen la finca en Explotación Turística) en perjuicio de otros (los que no la tienen) sin que genere beneficio para la Comunidad sino, muy al contrario, un perjuicio derivado de la aplicación de las cuotas de la Comunidad al pago de gastos propios de la Explotación Turística.

(76) La modificación de la cuota de gastos (en todo caso, antes del nuevo artículo 17.12 de la LPH) y en contextos diversos a los de las viviendas de uso turístico exigen acuerdo por unanimidad, pues ello supone modificar el título constitutivo donde dichas cuotas vienen establecidas, ex artículo 5 de la LPH. Así lo reitera la jurisprudencia de modo unánime, *vid.* a este respecto la STS de 29 de diciembre de 2015 (ECLI: ES: TS:2015:5690); y el comentario de la Sentencia a cargo de GARCÍA GARCÍA, J. M. (2017), pp. 962 y 963: «Esta sentencia confirma la jurisprudencia existente, representada en las Sentencias que cita, y la propia dicción del párrafo último del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, respecto a la necesidad de acuerdo por unanimidad para la modificación de las cuotas de gastos establecidas en el título constitutivo, sin que pueda admitirse que la Junta pueda tomar un acuerdo por mayoría para la modificación estatutaria de la contribución de los propietarios a los gastos conforme a su cuota de participación. Lo que sí cabe modificar por mayoría son los gastos establecidos por un acuerdo de la Junta, pero no cuando resultan de una cláusula de los Estatutos, pues no es lo mismo la modificación de un acuerdo de Junta que la modificación de los Estatutos».

(77) Sobre los interrogantes que plantea el alcance irretroactivo de los acuerdos proclamado por el artículo 17.12 LPH reproducimos las apreciaciones realizadas en nuestro trabajo MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (2019), *RCDI*, pp. 2250 y ss.

gastos), tampoco debemos hacerlo nosotros como intérpretes<sup>(78)</sup>. En definitiva, el aumento de las cuotas sólo afectará:

a) A los propietarios que no hayan destinado su piso a uso turístico con carácter previo a la adopción del aumento.

b) A los terceros adquirentes, cuando el acuerdo sobre el aumento de las cuotas esté inscrito en el Registro de la Propiedad, o tengan conocimiento del mismo.

Ahora bien, siendo ello así, consideramos que la irretroactividad declarada imperativamente por el artículo 17.12 de la LPH no debería haberse extendido al aumento de la cuota de gastos, ya que el sentido de la medida (de menor intensidad que la prohibición de la actividad turística) es precisamente ajustar dicha cuota al mayor uso de los elementos comunes llevado a cabo por los propietarios de las viviendas turísticas. De muy poco servirá dicho aumento en las cuotas si los propietarios que vienen destinando la vivienda a uso turístico permanecen ajenos a ello. Es incomprensible que no se haya aprovechado la última reforma operada del artículo 17.12 LPH para ajustar este aspecto.

---

(78) CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2019), *RDP*, p. 33, discrepa de este planteamiento y sostiene un alcance diverso de la irretroactividad de los acuerdos sobre aumento de cuota de gastos: «Excluida, pues, con tales matices la retroacción de los acuerdos prohibitivos, ¿cabe decir lo mismo de los acuerdos condicionantes a que también se refiere el artículo 17.12 LPH, como, por ejemplo, pudiera ser el de incrementar las cuotas de mantenimiento, la exigencia de un contrato de seguro por posibles daños a terceros o en el inmueble, o de responsabilidad solidaria en tales casos entre el dueño-anfitrión y el cliente-huésped...? En mi opinión, para tales acuerdos su irretroactividad significará la inaplicación de estos al alquiler turístico ya realizado, ya consumado en el pasado, antes de la adopción del acuerdo, pero no para los futuros alquileres que los vecinos que puedan hacerlo sigan haciéndolo. Así, por ejemplo, no se le podrá exigir al vecino que venía alquilando para uso turístico su piso que pague el incremento de cuotas de gastos acordado o que sufrague los daños causados por sus huéspedes en el pasado, desde el primer alquiler turístico que hubo, pues ello sí supondría darle efectos retroactivos a tales acuerdos, pero sí se le podrá exigir el pago de tales incrementos e indemnizaciones para el futuro, para los posteriores alquileres de uso turístico que celebre tras la adopción del acuerdo comunitario». Las AAPP no parecen acoger este criterio, tal y como se desprende, entre otras de la SAP de Málaga de 12 de enero de 2024 (ECLI: ES: APMA:2024:358): «El artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal, en su inciso final, establece que los acuerdos que afecten a la limitación de actividades de uso turístico no tendrán efectos retroactivos, por lo que no puede afectar a las actividades que en el momento de su adopción ya se venían desarrollando en apartamentos privativos del edificio. Sin perjuicio de la eficacia general de dicho acuerdo que limita temporalmente la actividad turística en las viviendas en los periodos indicados, que lo ha sido sin referencia concreta a ningún propietario ni a la entidad apelante, y sin perjuicio que la eficacia con respecto a terceros exija la correspondiente inscripción registral, la limitación no tiene efecto retroactivo respecto de los derechos derivados del reconocimiento de licencia para dicha actividad concedidos con anterioridad, y en el caso que nos ocupa, consta el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos por las autoridades administrativas competentes [...]».

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ OLALLA, P., «Comentario al art.7.2 LPH», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coordinador), *Comentarios de la Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2020, 6.ª Edición, pp. 373-430.
- BERENGUER ALBALADEJO, M.ª C., «Acuerdos comunitarios para regular el ejercicio del arrendamiento turístico de vivienda: exégesis del artículo 17.12 LPH», en López Sánchez, C. (Coordinadora), *El alojamiento colaborativo. Problemática jurídica actual de las viviendas de uso turístico*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 153-220.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo artículo 17.12 LPH», *Revista de Derecho privado*, núm. 3, 2019, pp. 3-33.
- «Prohibición estatutaria de pisos turísticos en comunidades de vecinos ¿por ser una actividad económica o potencialmente molesta y abusiva? (Comentario a las SSTs de 27 y 29 de noviembre de 2023)», *La Buhaira*, 2024, núm. 36, pp. 40-55.
- *Pisos turísticos y comunidades de vecinos (Comentario al artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal)*, Reus, Madrid, 2022.
- «De vuelta sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: ¿reforma o contrarreforma? ¿otra vuelta de tuerca, o una vuelta al redil?», *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2025, pp. 95-123.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Vol. I, T. I, Civitas, reimpresión 2008.
- ECHEVERRÍA SUMMERS, F. M., «Comentario al artículo 5 de la LPH», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coordinador), *Comentarios de la Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2020, 6.ª Edición, pp. 287-328.
- FUENTES-LOJO RIUS, A., «El Real Decreto Ley de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos de propiedad horizontal, arrendaticios y viviendas de uso turístico», *AC*, núm. 12, 2018.
- GARCÍA GARCÍA, J. M., *La propiedad horizontal en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2017.
- GOMÁ LANZÓN, F., «Limitación del uso turístico de las viviendas en el Real Decreto-Ley 21/2018, de 14 de diciembre», en [www.hayderecho.com](http://www.hayderecho.com), 22 de enero de 2019.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C., «Comentario al artículo 17 LPH», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coordinador), *Comentarios de la Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2020, 6.ª Edición, pp. 753-854.
- GORDILLO CAÑAS, A., «¿Monismo o dualismo hipotecario?: hablen los autores del sistema», *AAMN*, Tomo 42, 2004, pp. 95-136.
- MAGRO SERVET, V., «¿Pueden las juntas de propietarios prohibir sin justa causa el alquiler vacacional o solo limitarlo o condicionarlo?», en [www.elderecho.com](http://www.elderecho.com), de la ed. Lefebvre, de 8 de junio de 2019.
- MATAS BENDITO, M., «La calificación del registrador de la propiedad en el procedimiento del registro único de arrendamientos: el requisito habilitante necesario para el destino conforme al uso previsto en la ordenación autonómica o



- local aplicable», Boletín del Colegio de Registradores de España, núm. 133, 2025, pp. 12-64.
- MOLINA ILLESCAS, S., «Modificación del título constitutivo y estatutos en edificios en propiedad horizontal», *La Buhaira*, 2024, núm. 36, pp. 28-33.
- MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «Propiedad horizontal y viviendas turísticas: la experiencia del Derecho español en tiempos recientes», en Costa Andrade, M., Teixeira, M., Abranches Pinto, N. (Coordinadores), *Propriedade Horizontal Jornadas*, Gestlegal, Coimbra, 2022, pp. 7-49.
- MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «Viviendas turísticas y comunidades de propietarios: *status quaestionis* y posibilidades de actuación a la luz del nuevo artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal», *RCDI*, 2019, núm. 775, pp. 2221-2276.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., «La aplicación de las normas jurídicas», en en DE Pablo Contreras, P. (Coordinador), *Curso de Derecho Civil (I)*, Vol. I, Edisofer, Madrid, 2022, 3.ª Edición, pp. 119-170.
- PERTEGUER PRIETO, R., «Número de Registro único de alquiler, comercialización en plataformas, Ventanilla única digital y Registro de la Propiedad», *Revista Registradores de España*, núm. 108, pp. 54-56.

## D. Cooperativas de vivienda y Registro de la Propiedad \*

**María Paula Rodríguez Liévano**

*Investigadora posdoctoral*

*Cátedra UNESCO de Vivienda*

*Universidad Rovira i Virgili*

*mariapaula.rodriguez@urv.cat*

**Resumen:** *El presente trabajo analiza la vivienda cooperativa desde la perspectiva del Derecho registral, tomando en consideración los diferentes modelos de cooperativas de vivienda que, al ofrecer diversas opciones de titularidades y derechos sobre los inmuebles, generan efectos registrales dispares. Asimismo, se plantean otras cuestiones problemáticas del régimen de las cooperativas de vivienda en materia de seguridad jurídica.*

**Palabras clave:** *cooperativas de vivienda, Registro de la propiedad, propiedad privada, arrendamiento, cesión de uso.*

---

\* El presente trabajo se desarrolla en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades «Vivir en comunidad: nuevas reglas para un nuevo paradigma» (PID2020-112876GB-C31).

**Abstract:** *This paper analyses housing cooperatives from the perspective of registry Law, taking into consideration the different models of housing cooperatives which, by offering different options of holdings and rights over the properties, generate different registry effects. Other problematic issues of the housing cooperative regime in terms of legal security are also raised.*

**Keywords:** *housing cooperatives, Land registry, ownership, tenancy, cession of use.*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Cooperativas de vivienda en propiedad privada y el Registro de la propiedad. 3. Cooperativas de vivienda en alquiler y el Registro de la propiedad. 4. Cooperativas de vivienda en cesión de uso y el Registro de la propiedad. 5. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

La evolución y el desarrollo de las cooperativas de vivienda en España ha experimentado diferentes enfoques<sup>(1)</sup> desde la construcción de vivienda protegida bajo sus diferentes denominaciones (a partir de la década de 1917) a la promoción de vivienda cooperativa para primera y segunda residencia en régimen libre (a partir de la década de 1989), y de esta última a la fórmula más reciente de cooperativas de vivienda en la modalidad de cesión de uso (como consecuencia del estallido de la burbuja inmobiliaria del año 2008 y sus efectos).

Poniendo énfasis en los dos últimos modelos (por ser los que hoy predominan), tenemos en España, por un lado, un cooperativismo de vivienda vinculado a la promoción y construcción de viviendas para su adjudicación a sus socios en régimen de propiedad privada y la posterior liquidación de la cooperativa (cooperativas tradicionales). Por el otro lado, encontramos el nuevo modelo cooperativo de cesión de uso vinculado a la promoción de proyectos *cohousing*, los cuales pretenden responder a las problemáticas sociales actuales, como lo son el envejecimiento de la población (como alternativa a las residencias para las personas de la tercera edad) y la inasequibilidad de la vivienda (en contraposición al mercado inmobiliario de compraventa tradicional)<sup>(2)</sup> Estas dos variantes de

---

(1) MERINO HERNÁNDEZ, 2018, *GIZAEKOA*, pp. 273-300.

(2) Al respecto *vid.* LÓPEZ, y ESTRADA, 2016, pp. 227-237. Asimismo, página web de Sostre Cívic <https://sostrecivic.coop>.



cooperativas de vivienda inciden en forma distinta tanto en las dinámicas sociales internas (relaciones entre los miembros y entre estos con la cooperativa) y externas (relaciones con la sociedad civil, las instituciones públicas y privadas, el tercer sector y demás actores) de las cooperativas como en el régimen jurídico al que están sujetas, siendo un ej. de ello, dentro del ámbito legal, el que se refiere a la naturaleza del derecho que recae sobre la vivienda y su acceso al Registro de la propiedad (RP), como veremos a continuación.

## 2. COOPERATIVAS DE VIVIENDA EN PROPIEDAD PRIVADA Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El modelo de cooperativas para la adjudicación en propiedad privada de las viviendas está integrado por personas quienes aportan bienes y/o capital financiero en común para la promoción de sus propias viviendas, surgiendo para ello la cooperativa como persona jurídica (art. 7 LCOOP, artículo 11 LCOOPCat) encargada de gestionar tales recursos y alcanzar el objeto social (esto es, la promoción y posterior adjudicación de las viviendas en propiedad)<sup>(3)</sup>.

Una vez adjudicada las viviendas en propiedad a los socios<sup>(4)</sup>, la cooperativa suele liquidarse (vocación de corta duración), constituyéndose ulteriormente de manera habitual una comunidad de propietarios para la administración y gestión de las zonas comunes (como lo ilustra la figura Núm. 1: Coop. 1A); lo que implica la transición de la cooperativa (arts. 1 y 89.1 LCOOP; artículos 1.1 y 122 LCOOPCat) al régimen de propiedad horizontal –PH– (art. 1 LPH)<sup>(5)</sup> Sin embargo, sin perjuicio de la adjudicación en propiedad privada de las viviendas y la constitución del régimen de PH, también puede ocurrir que la cooperativa subsista y no se liquide, es decir, que su vigencia continúe a futuro con el desarrollo de tareas administrativas respecto a los elementos comunes (como lo ilustra la figura Núm. 2: Coop. 1B), como la gestión de los alquileres de los locales y de las viviendas no adjudicadas a los socios o la gestión de espacios, equipamientos y servicios comunes (portería, seguridad, limpieza etc.)<sup>(6)</sup>.

(3) ETXEZARRETA, y MERINO, *REVESCO*, pp. 108-109.

(4) El reconocimiento otorgado en escritura pública como tradition instrumental o ánimo unido a la entrega de la vivienda. Al respecto *vid.* LAMBEA RUEDA, *CIRIEC*, pp. 139-178.

(5) ETXEZARRETA, y MERINO, *REVESCO*, pp. 108-109.

(6) *Ibidem*, pp. 92-119.



**Coop. 1A**



**Figura núm. 1:** Modelo de cooperativa tradicional 1A. Fuente: elaboración propia.

**Coop. 1B**



**Figura núm. 2:** Modelo de cooperativa tradicional 1B. Fuente: elaboración propia.

A diferencia de otros países como Dinamarca o Uruguay<sup>(7)</sup>, en el ámbito español la modalidad de cooperativa Coop. 1A ha sido la fórmula utilizada casi de manera exclusiva, dada su mayor seguridad y estabilidad socioeconómica<sup>(8)</sup> y la falta de regulación de otros modelos (como lo veremos más adelante); aunque también es cierto que estas cooperativas no suelen identificarse con los valores propiamente del cooperativismo<sup>(9)</sup> siendo su objeto social la adjudicación en propiedad privada de las viviendas a un menor coste<sup>(10)</sup> desapareciendo tras ello.

De lo expuesto hasta ahora, tenemos que la vivienda de autopromoción cooperativa para su adjudicación en propiedad privada a los socios se configura en el marco del régimen PH (caracterizado por integrar dos

(7) Al respecto *vid.* LARSEN, *Housing Studies*, pp. 1354-1355. Asimismo, RODRÍGUEZ LIÉVANO, *Housing*, pp. 25-28.

(8) Al respecto *vid.* NASARRE AZNAR, 2020, pp. 52-68, 520-524.

(9) Muchos de los principios propios de las cooperativas dejan de tener sentido en el régimen de PH, ej., la creación de fondos de formación, la intercooperación, el servicio a la comunidad, la regla de un socio es igual a un voto, el adoctrinamiento, etc. Al respecto *vid.* RODRÍGUEZ LIÉVANO, *Revista Consell*, pp. 16-19. De igual forma, Alianza Cooperativa Internacional, 1996. Asimismo, Ley 27/1999, de 16 de julio, artículo 1.1.

(10) GÓMEZ APARICIO, 1993. Asimismo, ETXEZARRETA, y MERINO, *REVESCO*, pp. 108-109.

tipos de propiedad: una separada y privativa de los pisos y locales y otra comunitaria de los elementos comunes: artículo 3 LPH; artículo 553-1.1 CCC), por lo que a efectos de acceso al RP se han de aplicar las disposiciones de Derecho registral reservadas a los pisos en régimen de PH (arts. 8.4 y 8.5 LH). En ese sentido, la LH prevé que la PH debe inscribirse en dos tipos de folios:

1) En el folio matriz la edificación en su conjunto, como una sola finca, donde se debe inscribir:

a) Los elementos comunes cuya construcción esté concluida o comenzada a favor de los futuros copropietarios de los elementos privativos, ya que la comunidad de propietarios carece de personalidad jurídica<sup>(11)</sup>, designándolos nominalmente y determinando las cuotas de cada uno de ellos (arts. 11 y 54 RH). Hay que hacer notar que en el modelo Coop 1B<sup>(12)</sup>, al subsistir la cooperativa, esta podría ser propietaria de ciertos «elementos comunes» (siendo más asertiva la denominación de «elementos cooperativos» o «elementos de la cooperativa»), de manera que, atendiendo a la LH (art. 8.5), debería abrirse folio aparte (de forma análoga a los pisos y los locales, como veremos en el punto 2.2). En este supuesto, resulta razonable que la cooperativa, mediante sus normas internas (estatutos o reglamento interno: artículos 11.1 y 11.4 LCOOP, artículos 2f, 16.1 y 16.2 LCOOPCat), decida cómo se gestionarán dichos elementos (a favor de sus socios o incluso también a favor de los terceros adquirientes, ya sea porque se les admita en condición de socios o porque se les permita el uso y disfrute de estos elementos en condición de terceros).

En términos generales, los elementos comunes son todos los que no se configuran como privativos (DGRN de 05 de octubre de 2000 y de 4 de febrero de 2002), a destacar los del artículo 396 CC, los servicios e instalaciones comunes (art. 5 LPH, artículo 553-41 CCC) y los elementos comunes por destinación (STS 08 de abril de 2011)<sup>(13)</sup> Por lo demás,

---

(11) En los supuestos de ejecución de un embargo por deudas de uno de los propietarios a favor de la comunidad de propietarios se admite la inscripción de la titularidad del piso o local adjudicado a la comunidad, como una situación excepcional y transitoria, bien porque dicha unidad se atribuya posteriormente a los copropietarios en proporción a sus respectivas cuotas, bien porque se convierta en elemento común. Al respecto *vid.* DGRN de 12 de febrero de 2026.

(12) Como hemos dicho, puede ocurrir que la cooperativa, una vez adjudicada las viviendas, continúe con su vigencia (no se liquide) para el desarrollo de tareas administrativas respecto a los elementos comunes, pudiendo reservarse la titularidad de algunos de estos para su posterior gestión cooperativa. ETXEZARRETA, y MERINO, *REVESCO*, pp. 92-109.

(13) Dentro de los denominados «elementos comunes», algunos tienen tal consideración por su propia naturaleza y otros por destino. La diferencia estriba en que los primeros no pueden quedar desafectados, por resultar imprescindibles para asegurar el uso y disfrute de los elementos privativos, mientras que los segundos, a través del título constitutivo del edificio en régimen de propiedad

los elementos comunes pueden ser para el uso y disfrute común de todas las unidades de viviendas y locales (art. 553-42.1 CCC), para el uso exclusivo de una determinada unidad de vivienda o local (ej., la terraza o patio cuyo uso, por el título constitutivo, los estatutos o un acuerdo de la junta, ha sido asignado exclusivamente al propietario que tiene acceso directo a esta) o para el uso exclusivo, pero compartido por varias determinadas unidades de viviendas o locales (ej., paredes de carga separadoras de dos unidades de viviendas o locales: artículos 553-11.2 c y 553-43 CCC, SAP Valencia 25 de septiembre de 2012, SAP Madrid 28 de septiembre de 2012) <sup>(14)</sup>.

b) En el folio matriz debe inscribirse, además de los elementos comunes, los elementos susceptibles de aprovechamiento individual (a saber, aquellos con independencia para su uso y disfrute y que, por esencia, pero no por exclusiva, corresponden a las unidades de vivienda y locales) <sup>(15)</sup>, cuya construcción esté concluida o comenzada <sup>(16)</sup>, asignándose a cada uno de ellos un número de identificación y señalando la cuota de participación <sup>(17)</sup> que le corresponda en relación con el inmueble (finca-edificio).

---

horizontal, o por acuerdo unánime de la comunidad de propietarios, podrían ser objeto de desafectación. Al respecto *vid.* STS 8 de abril de 2011, FJ. 3.

(14) La previsión (en el título de constitución de la PH, en los estatutos o en el acuerdo de la junta de propietarios) del uso exclusivo y excluyente de elementos comunes, no implica que dichos elementos pierdan su carácter común. Al respecto *vid.* ROCA SASTRE; ROCA-SASTRE, y BERNÀ i XIRGO, 2007, pp. 91, 111-112.

(15) También lo pueden ser las terrazas que por los estatutos o un acuerdo de la junta de propietarios pasan a ser elementos privativos (STS 8 de abril de 2011, FJ. 3), asimismo los elementos que están dentro de sus límites que sirvan exclusivamente al propietario (conducciones de agua interna, los desagües, radiadores de calefacción, etc.: SAP Jaén 24 de septiembre de 2020, FJ. 2) y sus anejos expresamente señalados como tales en el título constitutivo (ej., garajes, trasteros, etc.) (art. 3a LPH).

(16) Según De La Cámara, las palabras «comenzada» puede referirse al comienzo de la edificación en sentido materia (excavación, cimientos, etc.) o en sentido técnico (una vez el edificio haya quedado definido mediante la confección y aprobación del proyecto por parte del organismo público correspondiente), siendo el primero más ambiguo. Al respecto *vid.* ROCA SASTRE; ROCA-SASTRE, y BERNÀ i XIRGO, 2007, p. 62. Por su parte, el artículos 28.1, y 28.2 de la LSRU (Real Decreto Legislativo 7/2015 de 30 de octubre) establece que los registradores deben exigir el acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa, según la legislación de ordenación territorial y urbanística, así como certificación expedida por el técnico que acredite el ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho acto administrativo. De manera que hasta que no se cumpla dicha exigencia, no cabe entender que la obra esté comenzada.

(17) La cuota de participación asignada a cada vivienda y local (que precisa el valor de cada vivienda y local en relación con el total del inmueble) se determina por varios factores: los m<sup>2</sup> de la respectiva vivienda y local, si la vivienda es exterior o interior, la planta en la que está, etc. En ese sentido, a mayor cuota de participación, mayor poder de decisión del propietario a la hora de aprobar o denegar las actuaciones en la comunidad. Asimismo, la cuota sirve como módulo para fijar la participación en las cargas y beneficios comunitarios y el valor del piso. Al respecto *vid.* artículo 553-3 CCC; SAP Madrid 21 de enero de 2019, FJ. 3.



La descripción de cada uno de los pisos y locales debe expresar su extensión, linderos, planta en la que se halle y anejos (garaje, sótano, etc.: artículo 5 LPH, artículo 553-9.1 b CCC, artículo 9 LH y artículo 51 RH); aspectos que son importantes, entre otras cosas, para la fijación de la cuota de participación (SAP Madrid 21 de enero de 2019).

c) De igual forma procede la inscripción de las reglas contenidas en el título de constitución (escritura pública) y en los estatutos si existiesen (no es preceptivo contar con estatutos: artículo 5.3 LPH y el artículo 553-9.1 d CCC). Así, reglas que prevean, ej., que no sea necesario un acuerdo de la junta de propietarios para la división o segregación de pisos y locales, siempre que no afecten los elementos comunes o cuotas de los propietarios restantes (art. 553-11.2 a CCC); que limiten el uso turístico de la vivienda (art. 17.12 LPH, artículo 553-11.2 e CCC); que prohíban la instalación de bares-restaurantes-discotecas (art. 17.6 LPH, artículo 553-11.2 e CCC); que prohíban el cambio del uso de la vivienda por oficina de profesionales (SSTS 20 de octubre de 2008 y 03 de diciembre de 2014); etc. (art. 553-11.2 CCC), no perjudicarán a terceros adquirentes si no han sido inscritas en el RP (efecto de inoponibilidad de lo no inscrito: artículo 5 LPH; artículo 553-11.3 CCC; SSTS 09 de octubre de 2013, 358/2018 y 31 de mayo de 2021).

Por su parte, los estatutos son un conjunto de reglas para el ejercicio de derechos en materia de PH (art. 5 LPH) que complementa las normas de la LPH (no pudiendo contradecir sus normas imperativas) y son establecidos por el propietario único (el promotor que en principio sería la cooperativa o, como ocurre muchas veces en la práctica, la empresa gestora con intervención decisoria: artículos 19 y 20.1 LOE; SSTS 27 de abril de 2009 y 06 de abril de 2011) o por el conjunto de los propietarios de las unidades de viviendas y locales del edificio (mediante acuerdo unánime de la junta: artículos 14d y 17.6 LPH), bien sea sincrónica o ulteriormente a la constitución de la PH<sup>(18)</sup>.

A diferencia de los estatutos, las normas de régimen interior, que son aquellas que regulan las relaciones de convivencia y buena vecindad y la utilización de los elementos comunes (art. 6 LPH, artículo 553-12 CCC), no son inscribibles en el RP porque se ha entendido que estas obligan siempre a los propietarios y usuarios, tanto a los originarios como los sobrevenidos, y su modificación por simple mayoría es contraria a la exigencia de consentimiento unánime de los titulares registrales para cualquier acto inscribible (DGRN de 23 de julio de 2001, artículo 6 LPH, artículo 553-12.2 CCC).

---

(18) Al respecto *vid.* ROCA SASTRE; ROCA-SASTRE, y BERNÀ i XIRGO, 2007, pp. 95 ss.

*d)* En el supuesto de obra nueva comenzada, para la inscripción de la escritura pública de declaración de obra nueva el Registrador (además del notario) deberá exigir (art. 28.1 y 28.2 LSRU):

i. La aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra.

ii. Certificación técnica del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que ha sido objeto de dicho acto administrativo.

Cuando la obra se hubiese declarado en construcción, su finalización deberá hacerse constar por nota al margen de la inscripción.

*e)* En el supuesto de obra nueva terminada, para la inscripción de la escritura de obra nueva el Registrador (además del notario) deberá exigir (art. 28.1 y 28.2 de la LSRU):

i. Certificado técnico de la finalización de la obra conforme a la descripción del proyecto.

ii. El cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación que regula la edificación para la entrega de esta a sus usuarios. A destacar, la acreditación y testimonio de las garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción de obras nuevas (arts. 19 y 20.1 LOE).

iii. El otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación cumple con las condiciones idóneas para el uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética.

*f)* Salvo que la normativa autonómica regule lo contrario (art. 148.1, 3.ª CE, DGRN de 08 de septiembre de 2016 y de 29 de mayo de 2017), debe aportarse el Libro del Edificio, excepto cuando no fuere exigible por la antigüedad del edificio (art. 202 LH, artículo 7 LOE, artículo 28.1 a de la LSRU). Esto con el objeto de fortalecer la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, otorgándoles conocimiento de la calidad del inmueble mediante información veraz. Asimismo, con esta exigencia se pretende la incorporación al folio de cada piso de su representación gráfica (DGRN de 18 de enero de 2017).

Ahora bien, en cuanto al sujeto otorgante del título constitutivo (escritura pública de constitución de la PH: artículos 2.1, 2.3 y 3 LH; artículos 7 y 8 de la RH; artículo 553-9.1 CCC), la legitimación y aptitud le corresponde a la cooperativa, como promotora y propietaria única (en la etapa previa a la adjudicación de las viviendas y locales) de la edificación (arts. 9

y 17.4 LOE, artículo 8.4 LH, artículo 553-8.1 CCC). Sin embargo, si llega a darse el caso de que la cooperativa no sea la única propietaria de la edificación (ej., en el supuesto de que el suelo perteneciera *proindiviso* a más de un propietario)<sup>(19)</sup> será preciso para el otorgamiento del título de constitución de la PH el concurso y consentimiento de los demás propietarios (art. 8.4 LH, artículo 553-8.1 CCC, STS 30 de marzo de 1999). Aunado a lo anterior, la constitución del régimen de PH también puede tener lugar por decisión de árbitros y sentencia de los tribunales (arts. 7 y 33 RH)<sup>(20)</sup>.

2) El segundo tipo de folio que prevé la LH (art. 8.5) es el que se refiere a la inscripción en folios separados, como fincas independientes, de los pisos y locales, para lo cual es requisito que se haya inscrito previamente el título de constitución del régimen de PH de la finca (escritura pública, sentencia o laudo) (art. 8.5 LH, artículo 5 LPH, artículo 553-9.4 CCC). Este sistema de «pluralidad de folios registrales»<sup>(21)</sup> tiene como objeto la descongestión del contenido de la hoja, folio o registro particular de la finca en su conjunto, evitando que en esta se acumulen los diferentes asientos relativos a cada piso o local. Así pues, en la hoja matriz se inscribirá todo lo que tenga relación con la finca en su conjunto, mientras que en las hojas especiales o filiales se inscribirá todo lo que tenga relación con el piso o local respectivo (ej., las escrituras públicas de adjudicación de las viviendas)<sup>(22)</sup>.

---

(19) Tal es el caso de la configuración de «la cesión de suelo por obra futura» con carácter real (y no obligacional), es decir, que la cooperativa, para acceder a un suelo sin necesidad de depositar inmediatamente una gran cantidad de dinero, lo adquiera a través de la creación de una comunidad *proindiviso* (entre el cedente y la cooperativa como cesionaria). Lo que quiere decir que la cooperativa, a cambio de acceder al suelo, le permite al cedente de este (ej., una Administración Pública) tener una cuota sobre el edificio final (equivalente al porcentaje que en la PH tenga los elementos privativos ofrecidos a cambio), siendo la constitución del régimen de PH presupuesto necesario para la disolución de la comunidad y adjudicación de pisos. Otro ej. son los propietarios que se proponen construir en comunidad manteniendo una comunidad ordinaria para luego proceder a la división horizontal del edificio construido. Al respecto *vid.* DGRN de 7 de mayo de 2009; ROCA SASTRE; ROCA-SASTRE, y BERNÀ i XIRGO, 2007, pp. 54-58. En el supuesto de transmisión de las viviendas y los locales por parte del promotor o constructor (propietario único) mediante documento privado, la jurisprudencia, en virtud de la doctrina del título y modo, ha establecido que la propiedad plena no se adquiere hasta que no tiene lugar la tradición o entrega. En este sentido, seguirá siendo titular registral el promotor o constructor. Al respecto *vid.* STS 2 de diciembre de 2010, FJ. 2.

(20) Proceden cuando no exista acuerdo entre copropietarios de la finca común a dividir en PH mediante el ejercicio de la acción divisoria (arts. 400 y 402 CC; arts. 552-10 y 552-11.1 CCC).

(21) Al respecto *vid.* ROCA SASTRE; ROCA-SASTRE, y BERNÀ i XIRGO, 2007, pp. 29 ss., 81-82.

(22) Parte de la doctrina califica el negocio traslativo de propiedad de la vivienda entre la cooperativa y el socio como de adjudicación. Al respecto *vid.* LAMBEA RUEDA, *CIRIEC*, pp. 139-178; GONZÁLEZ TAUSZ, *REVECO*, pp. 92-96; y SSTS 20 de febrero de 1989, FJ. 2; 8 de junio de 1992, FJ. 2; 22 de mayo de 1992, FJ. 5. Otra parte de la doctrina considera la adjudicación como compraventa con limitaciones de carácter cooperativo. Al respecto *vid.* STS 31 de diciembre de 1992, FJ. 2. En sentido estricto, el socio es un autopromotor y, en todo caso, adjudicatario de la vivienda procedente de la promoción en la que él participó.

Por último, otro aspecto a mencionar es el relativo a la subrogación de la hipoteca que, en caso tal, hubiese adquirido la cooperativa (promotora) para financiar la promoción (siendo necesaria para la validez de la hipoteca su constitución mediante escritura pública y su inscripción en el RP: artículo 145 LH, artículo 1875 CC). Como hemos mencionado, cuando las viviendas son adjudicadas a los socios y se recurre al notario para elevar la correspondiente escritura pública, se produce dos hechos importantes: el primero, la habitual liquidación de la cooperativa (Coop. 1A, sin exclusión del modelo de Coop. 1B); el segundo, la subrogación de los socios propietarios en el préstamo hipotecario denominado «préstamo promotor», que precisa el consentimiento de las partes; es decir, la cooperativa, el socio adjudicatario y el banco acreedor (arts. 118 y 123 LH; artículos 1169, 1203 y 1205 CC; disposición adicional 7.<sup>a</sup> de la Ley 5/2019, de 15 de marzo; STS 25 de mayo de 1998; SAP Sevilla 18 de diciembre de 2020). Esta subrogación implica:

1) La distribución real de la responsabilidad hipotecaria entre cada una de las viviendas y locales (arts. 123 LH). Cabe anotar que esta distribución debe hacerse obligatoriamente cuando sean varias las fincas que se hipotequen a la vez en garantía de un solo crédito (pluralidad objetiva originaria: artículo 119 LH), mientras que es facultativa (y requiere acuerdo entre acreedor y deudor) cuando la distribución sea consecuencia de la división horizontal del inmueble tras la constitución de la hipoteca (pluralidad objetiva sobrevenida: artículo 123 LH); de manera que, si no hay distribución en este último supuesto, la hipoteca se convierte en solidaria (art. 123 LH, artículo 1144 CC, DGRN de 30 de octubre de 2017).

Es relevante resaltar la distinción que la jurisprudencia (STS 4 de febrero de 2005, SAP Zaragoza 21 de noviembre de 2000) hace entre la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas (la cual solo actúa frente a terceros adquirentes posteriores, pero es inoperante para el deudor y los adquirentes subrogados)<sup>(23)</sup> y el pacto expreso (entre acreedor y deudor: artículo 1169.1 CC) de la división del crédito entre varias fincas, operando en el primer caso la regla de la indivisibilidad de la hipoteca (art. 1860 CC), en tanto que en el segundo supuesto funciona la excepción de la división de la hipoteca. Así, estrictamente, cuando exista pacto expreso de la división del crédito entre las fincas, el acreedor solo

---

(23) Según la DGRN (30 de octubre de 2017) la simple distribución de la responsabilidad hipotecaria no implica la división del crédito, de manera que la distribución está dirigida a permitir al acreedor, en caso de impago, subastar una o varias fincas y no todas en conjunto. Por tanto, como lo expresa el TS (25 de febrero de 1986, FJ. 2), el hecho de que por pagos o acuerdos se vaya disminuyendo la deuda, no altera la función ni la extensión de la hipoteca hasta que el débito se satisfaga por completo.



puede perseguir ejecutivamente a cada una de las fincas por la cantidad a que respectivamente estén afectadas; mientras tanto, el deudor o quien tenga interés (art. 221 RH) podrá exigir la cancelación de la hipoteca respecto a la finca relacionada, una vez efectuado el pago de la parte del crédito con que esta estuviere gravada y los intereses correspondientes (art. 124 LH, DGRN de 30 de octubre de 2017).

A la inversa, cuando no exista pacto expreso de la división del crédito entre las fincas y ninguna de estas haya pasado a manos de terceros a quienes pueda perjudicar la hipoteca, el acreedor podrá repetir contra cualquiera de las fincas por la cantidad total asegurada (es decir, respecto al deudor o el hipotecante de deuda ajena y los adquirentes subrogados, la hipoteca se presenta como solidaria: artículo 120 LH, artículo 1144 CC), aunque se haya hecho la distribución de la responsabilidad. En cambio, en caso de existir un tercero a quien pueda perjudicar la hipoteca (como es el caso de los socios adjudicatarios no subrogados en la deuda y los posteriores adquirentes), el acreedor solo podrá repetir contra cada una de las fincas por la cantidad a que respectivamente estén afectadas y a las que a la misma corresponda por razón de intereses; más allá de esa cantidad el tercero está exento (art. 120 LH, SAP Zaragoza 21 de noviembre de 2000, DGRN de 30 de octubre de 2017).

En cuanto a la formalización de la distribución de la responsabilidad hipotecaria, esta puede hacerse en el mismo título de constitución de la hipoteca, en otro documento público (entre ellos, en la escritura pública de declaración de obra nueva y división en propiedad horizontal, en la escritura pública de adjudicación y subrogación en el préstamo hipotecario o en la elevación a escritura del contrato privado de adjudicación y subrogación: artículo 3 LH), por sentencia judicial en firme (a falta de convenio y cuando la distribución sea obligatoria), e incluso la DGRN (DGRN de 7 de enero de 2004 con base al artículo 216 RH) ha admitido esta distribución mediante documento privado, con firmas legitimadas notarialmente, ratificado por el registrador (para el supuesto de que se hipotequen varias fincas a la vez en garantía de un solo crédito: artículo 119 LH, pero no cuando la finca ya hipotecada se divida en dos o más: artículo 123 LH).

2) La desvinculación de la cooperativa de la obligación hipotecaria (art. 118 LH).

3) La vinculación del socio propietario al «préstamo promotor» (cambio de la titularidad del deudor), pero solo respecto a la parte del préstamo que corresponda a su unidad de vivienda (evitando que una ejecución forzada necesariamente se proyecte sobre todas las unidades), requiriendo para ello un pacto expreso de la división del crédito entre las fincas y la distribución real de la responsabilidad, como lo hemos mencionado anteriormente (arts. 118, 123 y 124 LH; DGRN de 3 de marzo de 2012 y de 30 de octubre de 2017).



Alternativamente, los socios, al no estar obligados a subrogarse en el «préstamo promotor»<sup>(24)</sup> pueden contratar una nueva hipoteca con otra entidad financiera que ofrezca mejores condiciones (subrogación por cambio de acreedor: artículo 1211 CC; disposición final tercera de la Ley 5/2019, de 15 de marzo; artículo 1.1 de la Ley 2/1994, de 30 marzo) o, si disponen de los ahorros suficientes para pagar sus respectivas unidades sin dilación en el pago, cancelar la parte proporcional del «préstamo promotor» inicial.

### 3. COOPERATIVAS DE VIVIENDA EN ALQUILER Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Las cooperativas de vivienda en alquiler son aquellas que asocian a arrendatarios de las viviendas y locales, de manera que se diferencian de las cooperativas tradicionales porque en estas la tenencia sobre las unidades no es la propiedad individual, sino el alquiler (privado o social)<sup>(25)</sup> En este sentido, este tipo de cooperativas plantea dos posibilidades (como lo ilustra las figuras Núm. 3 y 4: Coop. 2A y Coop. 2B, respectivamente):

1) La cooperativa que retiene la propiedad privada sobre el total del inmueble y arrienda a sus socios e incluso a terceros las viviendas y locales. Esta fórmula se utiliza en España para propiciar desde vivienda asequible (generalmente vivienda social)<sup>(26)</sup> hasta para obtener rentabilidad por parte de pequeños inversores cuyo interés es la promoción de viviendas que están pensadas para ser alquiladas<sup>(27)</sup>.

2) La cooperativa que toma en alquiler el total del inmueble (ej., de una administración pública, una asociación de vivienda, otra cooperativa, etc.) y subarrienda a sus socios e incluso a terceros las viviendas y locales. En esta fórmula, mayoritariamente implementada a nivel internacional (conocidas como *almennyttige* en Dinamarca, *beheercoöperatie* en Países Bajos, *kooperativ hyresrätt* en Suecia, etc.)<sup>(28)</sup>, los socios (de forma colectiva a través de la cooperativa) no se hacen cargo de la propiedad

---

(24) Una cláusula que obligue al comprador subrogarse en la hipoteca del promotor es considerada abusiva por la normativa de consumo (art. 1 apartado 14 de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre).

(25) ETXEZARRETA, y MERINO, *REVESCO*, pp. 110-111.

(26) Al respecto *vid.* Ayuntamiento de Barcelona, «vivienda asequible con promotores sociales y cooperativos».

(27) Al respecto *vid.* Pisosblog, «cooperativas de arrendadores, otra forma de invertir en alquiler».

(28) Ley de vivienda de Países Bajo, artículo 18a; Ley sobre arrendamiento cooperativo de Suecia; Ley de vivienda pública de Dinamarca, capítulo I §6.

privada de la edificación, sino que reciben responsabilidades en materia de mantenimiento y de gestión de elementos comunes, por lo que su papel es más activo, ej., en el procedimiento de selección de nuevos residentes (pudiendo proponer nuevos candidatos) o en la adopción de las reglas de uso de las zonas comunes. De este modo, los miembros, como inquilinos, influyen en su propio entorno residencial.

### Coop. 2A



**Figura núm. 3:** Modelo de cooperativa de alquiler 2A. Fuente: elaboración propia.

### Coop. 2B

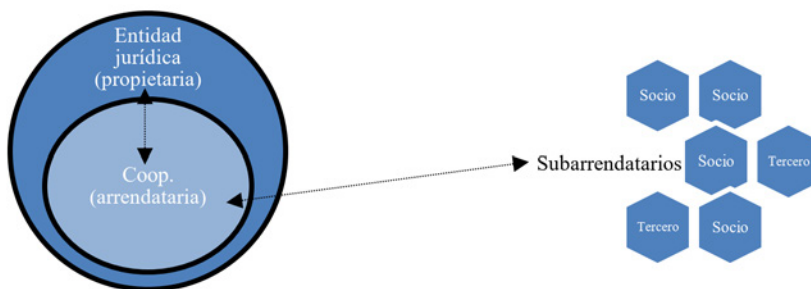


**Figura núm. 4:** Modelo de cooperativa de alquiler 2B. Fuente: elaboración propia.

En uno y otro caso los socios no son propietarios de las viviendas, tan solo tienen la condición o bien de arrendatarios, o bien de subarrendatarios; mientras que la titular dominical es bien la cooperativa, bien otra entidad jurídica (propietaria-arrendadora). De manera que solo existe una única propietaria a quien corresponde la legitimación y aptitud para solicitar la «inmatriculación» o primera inscripción del inmueble en el RP (en caso de que la finca no conste previamente en el

RP: artículo 7 y 203 LH)<sup>(29)</sup> o, en su defecto, solicitar la inscripción del título (título en sentido formal: artículo 3 LH) que contine el acto o negocio jurídico (compraventa, donación, etc.) por el que deviene propietaria de la edificación (título en sentido material: artículo 2 LH, artículo 33 RH)<sup>(30)</sup>.

Por lo que se refiere a la «inmatriculación», que implica el nacimiento de la vida registral de la finca<sup>(31)</sup>, esta se practica a través de cualquiera de los procedimientos previstos en la LH (arts. 203, 205 y 206)<sup>(32)</sup>, que son:

1) El expediente de dominio (art. 203 LH): es un procedimiento que se tramita ante notario y con el que se busca proporcionar un tipo de titulación supletoria al propietario de la finca que carece de una adecuada. De este modo, el objeto del expediente no es la existencia de la finca, sino su adquisición por parte del propietario.

2) El título público de adquisición de la finca (art. 205 LH): que debe tratarse de un título público traslativo de dominio otorgado por una persona que lo haya adquirido por lo menos 1 año previo al otorgamiento y también mediante título público (DGRN 14 de noviembre de 2016). Así, los documentos que se requieren son: primero, el título público en que conste la adquisición de la finca por el inmatriculante (escritura, sentencia, etc.); segundo, el título público (adquisitivo o declarativo) de quien transmitió la finca al inmatriculante (para acreditar el año mínimo antedicho).

Por lo demás, este tipo de inmatriculación no surte efectos hacia terceros sino hasta que haya transcurrido 2 años desde su fecha (art. 207 LH).

3) La certificación administrativa (art. 206 LH): que es un medio de inmatriculación para las fincas pertenecientes a las Administraciones Públicas o a las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculada o dependiente a esta, que carezca de título inscribible de dominio (DGRN 24 de mayo de 2018).

---

(29) Los artículos 7 y 203.2 de la LH permite excepcionalmente que la petición de inmatriculación la pueda hacer el titular de un derecho real sobre la finca. En estos casos el registrador, ante la negativa del propietario de aportar los títulos correspondientes o la inexistencia de dicho titular, podrá solicitar (a petición del titular del derecho real) al notario, juzgado o dependencia administrativa la documentación necesaria para proceder a la inmatriculación. En caso de no existir la documentación o esta fuera defectuosa, el titular del derecho real podrá justificar el dominio del dueño conforme a la ley.

(30) En sentido material el título es «la raíz o el origen» de un derecho subjetivo (ej., la compraventa que transmite el dominio), mientras que en sentido formal es el modo en que el título material se exterioriza (ej., la escritura pública de compraventa, la sentencia judicial, etc.). Al respecto *vid.* MOLINA, 1941, pp. 226.

(31) ROCA SASTRE, y ROCA-SASTRE, 1995.

(32) Para más detalles sobre los medios de inmatriculación *vid.* SÁNCHEZ CALRO, y SÁNCHEZ-CALERO, 2019, pp. 97-104.

Al igual que sucede con el título público de adquisición de la finca, el asiento de inmatriculación mediante certificación administrativa queda sujeto a la suspensión de sus efectos establecido en el artículo 207 LH.

Retomando el tema de la tenencia de la vivienda en este tipo de cooperativas, el derecho que tienen los socios sobre las unidades es un derecho de alquiler (pudiendo ser un alquiler con opción de compra) el cual implica la transferencia del uso del inmueble habitable, pero no de su dominio, a cambio de un precio cierto y determinado, que puede ser en dinero o especie (art. 17 de la Ley de arrendamientos urbanos, de 24 de noviembre de 1994, en adelante LAU). Se trata de un contrato oneroso, de ejecución continuada, que concede un poder de naturaleza personal al arrendatario y el cual está regulado por la LAU con carácter imperativo. Sin embargo, el anclaje del contrato de alquiler con la condición de socio en la cooperativa plantea algunas dificultades, a destacar las siguientes:

1) En los supuestos de subrogación legal en los casos de desistimiento, abandono, muerte del titular del contrato (arts. 12 y 16 LAU), que son aspectos imperativos de la LAU, se plantea conflictos con la necesidad de ostentar la condición de socio para tener el derecho sobre la vivienda<sup>(33)</sup>.

2) En lo que se refiere al régimen de duración del contrato de arrendamiento, la LAU (art. 9) no permite fijar alquileres con duración indeterminada, por lo que las aspiraciones de una mayor estabilidad de la vivienda (aspecto que recalcan muchas de las iniciativas de vivienda cooperativa, como las que adoptan el modelo de cesión de uso que veremos seguidamente) puede verse truncada<sup>(34)</sup>.

3) Los intereses contrapuestos entre el arrendador y el arrendatario son menos tangibles en las cooperativas, donde la cooperativa y el socio, por regla general, no tienen intereses antagónicos<sup>(35)</sup>.

4) La imposibilidad de la cooperativa de invocar la necesidad de ocupar la vivienda de forma permanente, para sí o su familia, como excepción a la prórroga obligatoria (art. 9.3 LAU).

En suma, las mencionadas cuestiones plantean inconvenientes de compatibilidad entre el régimen cooperativo y las disposiciones imperativas de la LAU, a las que se les añade otros tipos de problemáticas en materia de derechos humanos, como la mayor susceptibilidad de las cooperativas a desarrollar prácticas discriminatorias en el acceso a la vivienda.

---

(33) LAMBEA RUEDA, *CIRIEC*, pp. 139-178. Igualmente, LÓPEZ DE LA CRUZ, y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, pp. 253-284.

(34) SIMÓN MORENO, *REVESCO*, pp. 31-40. Igualmente, LÓPEZ DE LA CRUZ, y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, pp. 253-284.

(35) LAMBEA RUEDA, *CIRIEC*, pp. 253-284.



Esto es debido a su potestad de autoselección de miembros, que es más tangible en las cooperativas que retiene la propiedad privada sobre el total del inmueble y arrienda las unidades a sus socios, combinada con las dinámicas de proximidad, alta interacción social y vida colectiva que se asocian al modelo *cohousing*<sup>(36)</sup>.

En lo que concierne al Derecho registral, por regla general los títulos que tienen acceso al RP son aquellos que declaran, constituyen, reconocen, transmiten, modifican y extinguen el dominio o derechos reales sobre inmuebles, y, por tanto, no son inscribibles las obligaciones o derechos personales (art. 9 RH), como sería, en principio, el caso del arrendamiento (derecho personal: artículos 1543; 1554, 2.º y 3.º; 1553; 1560 CC). No obstante, se admite de manera excepcional la inscripción de obligaciones personales solo y cuando la Ley expresamente lo conceda por razones de conveniencia y oportunidad por su duración y proximidad con la finca<sup>(37)</sup>. Así ocurre con los arrendamientos urbanos y rústicos, y los subarriendos, las cesiones y las subrogaciones de estos mismos, conforme a la LAU (disposición adicional 2.ª), la LAR y el artículo 2. 5.º LH.

En efecto, el arrendamiento incide directamente sobre la finca limitando la propiedad de esta (al suponer para el titular del dominio una merma de sus facultades de uso y transmisión), por no hablar de la importancia que connota en torno a sus implicaciones en la vida económica y social del país, por lo que su acceso al RP se justifica en cuanto se espera con ello otorgar mayor publicidad (oponibilidad frente a terceros: artículo 1549 CC), estabilidad al arrendatario (obligación del adquirente de respetar el contrato de arrendamiento en el caso de transmisión de la finca arrendada, además de asumir el riesgo del retracto legal: artículos 14 y 25.4 LAU y artículo 22 LAR) y seguridad jurídica al tercero adquirente (constatación registral del arrendamiento al enajenarse la finca: artículos 13.1 y 25.5 LAU; artículos 11.1 y 22.4 LAR).

Ahora bien, el acceso al RP de los arrendamientos, los subarriendos, las cesiones y las subrogaciones de estos mismos no implica la modificación de la naturaleza personal del arrendamiento, o lo que es lo mismo, no lo convierte en un derecho real<sup>(38)</sup>; ni tampoco altera la libertad de forma para el perfeccionamiento del contrato de arrendamiento (considerando II del preámbulo de la LAU), es decir, esta continúa abierta, pudiendo ser un contrato oral o escrito. Con todo, aun siendo perfecto el contrato de arrendamiento, este requerirá de escritura pública notarial o su elevación a escritura pública (tratándose de un documento privado) si

(36) RODRÍGUEZ LIÉVANO, *Diario Tarragona* (2022).

(37) LACRUZ BERDEJO, y SANCHO REBULLIDA, 2003, pp. 75, 82-85.

(38) Al respecto *vid.* ROCA SASTRE, 1979, pp. 502 ss. Asimismo, ROCA SASTRE; ROCA-SASTRE, y BERNÀ i XIRGO, 2009, pp. 281-302.

se pretende su asiento de inscripción en el RP y obtener sus efectos (art. 2 de Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero). Excepcionalmente también será título inscribible del arrendamiento la sentencia que declare su existencia.

Naturalmente, para la inscripción de los arrendamientos se precisa los requisitos generales indispensables para el acceso al RP, entre ellos, el de tracto sucesivo o la previa inscripción del dominio (art. 20 LH)<sup>(39)</sup>. A su vez, para la inscripción en el RP de los subarriendos, cesiones y las subrogaciones es necesario que no concorra prohibición legal alguna (a modo ilustrativo, el artículo 8.2 de la LAU no permite el subarriendo de forma total, como tampoco que su costo exceda del que corresponda al arrendamiento), que medie consentimiento expreso del arrendador en el título inscribible (art. 8 LAU) y que el contrato de arrendamiento (al cual se refiere el subarriendo, cesión o subrogación) conste inscrito en el RP (art. 20 LH y artículo 5 del Real Decreto 297/1996)<sup>(40)</sup>.

Analicemos, entonces, los efectos que en particular genera la inscripción en el RP del contrato de arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda, en concreto, su incidencia en los supuestos de enajenación de la vivienda arrendada (art. 14 LAU), de resolución del derecho del arrendador (art. 13 LAU) y de recuperación de la vivienda en caso de impago (art. 27.4 LAU)<sup>(41)</sup>:

## 1) Enajenación de la vivienda arrendada

**Regla núm. 1:** los arrendamientos de inmuebles destinados a vivienda no necesitan de publicidad (inscripción en el RP) para producir efectos frente a terceros durante los primeros 5 o 7 años de vigencia del contrato (según el arrendador sea una persona natural o jurídica), aun cuando el adquiriente de la vivienda la haya adquirido con buena fe; en concreto, del titular que figura en el RP y confiando en la información publicada en este (o lo que es lo mismo, que en el RP no constase el arrendamiento más sí, la manifestación expresa del vendedor de estar la finca libre de arrendamientos) (art. 34 LH y 14.1 LAU). En el marco de esta regla, vemos que es irrelevante la buena o mala fe del adquiriente, pues la subrogación de todo adquiriente durante los primeros 5 o 7 años de vigencia del contrato (con exclusión de la regla *venta quita renta* del artículo 1571 CC) viene impuesta por el legislador (LAU).

(39) ROCA SASTRE; ROCA-SASTRE, y BERNÀ i XIRGO, 2009, pp. 304-308.

(40) *Ibidem*, pp. 308-312.

(41) Para un análisis más detallado *vid.* MOLINA ILLESCAS, S., 2024, pp. 171-513.

**Regla núm. 2:** por su parte, en los contratos de arrendamiento de vivienda con una duración superior a 5 o 7 años (según el arrendador sea una persona natural o jurídica), el adquiriente de la vivienda solo quedará obligado a soportar el arrendamiento por la totalidad de la duración pactada, si este se hubiese inscrito en el RP previamente a la compraventa. En caso contrario, el adquiriente solo debe soportar el arrendamiento por el plazo que faltase para cumplir los primero 5 o 7 años (opera la regla Núm. 1) y el transmitente deberá indemnizar al arrendatario (con una mensualidad por cada año de contrato que, excediendo los 5 o 7 años, faltasen para cumplir el plazo pactado: artículo 14.2 LAU). Vemos, entonces, que en el marco de los contratos de más de 5 o 7 años opera la regla de la oponibilidad del arrendamiento previamente inscrito (la subrogación ya no viene impuesta por el legislador como sucede con los primeros 5 o 7 años de vigencia del arrendamiento).

## 2) Resolución del derecho del arrendador

**Regla núm. 1:** el artículo 13 de la LAU examina las consecuencias de la resolución del derecho del arrendador en los supuestos de retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, enajenación forzosa, etc., en cuyas circunstancias el arrendatario tendrá derecho, en cualquier caso (esté o no inscrito el arrendamiento), a continuar en el arrendamiento durante los primero 5 o 7 años (según el arrendador sea persona natural o jurídica).

**Regla núm. 2:** en cambio, el contrato quedará extinguido en el evento de que la resolución del derecho del arrendador ocurra en relación con los contratos de arrendamiento con un plazo pactado superior a 5 o 7 años (según el arrendador sea persona natural o jurídica) y una vez haya transcurrido los primeros 5 o 7 años respectivamente.

Como **excepción a la regla núm. 2**, que prescribe la extinción del arrendamiento, figura el supuesto en el que el contrato de arrendamiento se haya inscrito en el RP antes que el derecho determinante de la resolución del derecho del arrendador, en cuyo caso el arrendamiento continuará por el plazo pactado (regla de la prevalencia del derecho que primero se haya inscrito).

## 3) Recuperación de la vivienda en caso de impago

La LAU, en su artículo 27.4, establece que en el contrato de arrendamiento se puede incluir una cláusula que permita al arrendador recuperar de inmediato el uso de la vivienda en caso de impago de la renta pactada,



siempre que el acuerdo haya sido inscrito en el RP. Como consecuencia, la inscripción permite agilizar los procedimientos de desahucio en caso de impago, sin reducir los derechos del arrendatario, algo fundamental para incentivar la oferta de viviendas en alquiler.

En definitiva, aunque no existe una obligación de inscribir el contrato de arrendamiento en el RP, su inscripción es aconsejable, tanto para el arrendatario como para el arrendador, por las ventajas en materia de seguridad jurídica frente a terceros adquirentes (también seguridad jurídica para estos mismos terceros) y en lo relativo a la celeridad en la recuperación del inmueble en caso de impago. Desde luego, la publicidad que ofrece la inscripción, de cara a obligar al adquirente a respetar el contrato de arrendamiento o de mantener al arrendatario en tal situación en el supuesto de resolución del derecho del arrendador, tiene mayor relevancia para los contratos con vigencia superior a 5 o 7 años (según el arrendador sea persona natural o jurídica).

En último lugar, cabe mencionar que aunque el antiguo artículo 7.2 de la LAU (que establecía el principio general de inoponibilidad del arrendamiento no inscrito al adquirente de la vivienda que inscribe su derecho en el RP) se suprimió con el Real Decreto-Ley 7/2019 de 1 de marzo, no se puede decir que esta supresión traiga de vuelta la regla de la extinción del arrendamiento como efecto directo y automático de la transmisión de la vivienda, ni eliminado la regla de la inscripción como mecanismo de protección del arrendamiento. En este sentido, se debe considerar el artículo 14, además del artículo 13, que es reflejo del suprimido artículo 7.2 de la LAU.

#### 4. COOPERATIVAS DE VIVIENDA EN CESIÓN DE USO Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Las cooperativas de vivienda en cesión de uso, conocidas a nivel internacional con diferentes nomenclaturas (*andelsboligforeninger* en Dinamarca, «cooperativas de vivienda de usuarios» en Uruguay, *Bostadsrätt* en Suecia, *wohnungsgenossenschaften* en Alemania, etc.)<sup>(42)</sup>, operan bajo ciertos elementos que las distinguen y que se concretan en<sup>(43)</sup>:

1) El derecho de uso: el cual implica que es con la obtención de la membresía en la cooperativa que se otorga el derecho a residir en una

---

(42) Ley sobre cooperativas de vivienda de Dinamarca, Ley sobre cooperativas de vivienda de Suecia, Decreto núm. 183/018 de Uruguay.

(43) LACOL, y LA CIUTAT INVISIBLE, 2018, pp. 28 ss.

vivienda determinada de forma indefinida, pero no de disponer del inmueble; esto es, imposibilidad para vender, arrendar, ceder, constituir derechos reales y cualquier forma de provecho económico.

En este orden de ideas, aunque la LCOOP en España (art. 89.3) y las legislaciones autonómicas sobre cooperativas (art. 123.3 LCOOPCat) permite la modalidad de cooperativas de vivienda en cesión de uso, no regulan la naturaleza jurídica de este derecho (a excepción de Valencia y Baleares que en los artículos 10.4 y 13.1 de la Ley 3/2023 y el artículo 130.3 de la Ley 5/2023 definen, la primera, el derecho de uso como un derecho societario, de carácter personalísimo, que no constituye un derecho real; y, la segunda, como un derecho de naturaleza personal y societario)<sup>(44)</sup>, delegando esta tarea a la autonomía privada de cada cooperativa. Dicha indeterminación legal, no obstante, genera riesgos como el de la desnaturalización de las reglas de Derecho civil por parte de las cooperativas,<sup>(45)</sup> el de la recalificación del derecho de uso por vía judicial<sup>(46)</sup>, el de la inseguridad jurídica de la tenencia<sup>(47)</sup>, entre los más destacables.

2) La propiedad colectiva y su función antiespeculativa: significa que es la cooperativa, como ente con personalidad jurídica propia y diferenciada a la de los socios, la que es titular de la propiedad. Esto, precisamente, con la finalidad de evitar la posible transformación a un régimen de propiedad privada de titularidad individual de los socios y obstruir cualquier intento de provecho económico sobre las viviendas.

3) La autogestión: comprende la participación de los socios en la administración de la comunidad, su gobernanza, la toma de decisiones y, en general, en la responsabilidad económica, jurídica, arquitectónica y demás de la cooperativa.

4) El enfoque *cohousing*: es una característica procedente de comunidades *cohousing* de los países nórdicos que responde al deseo por un entorno doméstico más práctico (es decir, disfrutar de los beneficios económicos, humanos, de tiempo y de cualquier índole que conlleve el compartir espacios, equipamientos, servicios y tareas domésticas y de cuidado) y social (es decir, una alta interacción social entre los miembros), cuya organización, planificación y gestión está a cargo de los mismos residentes<sup>(48)</sup>.

---

(44) La Ley 3/2023, de 13 de abril. Ley 5/2023, de 8 de marzo. Al respecto *vid.* RODRÍGUEZ LIÉVANO, *Diario de Tarragona* (2023).

(45) Al respecto *vid.* SIMÓN MORENO, *REVESCO*, pp. 31-40.

(46) *Ibidem*. Así, ej., en Alemania los Tribunales, en sentencias de 21 de enero de 1985 y 10 de septiembre de 2003, expresaron que el contrato entre una cooperativa y los socios es un contrato de arrendamiento al que se le aplica la ley de arrendamiento, aunque se le llame contrato de uso.

(47) Al respecto *vid.* SIMÓN MORENO, *REVESCO*, pp. 31-40.

(48) MCCAMANT, y DURRETT, 2011, pp. 27 ss., 73 ss.

Bajo la perspectiva del derecho de uso de este modelo cooperativo, nos encontramos ante una indeterminación legal (a excepción de Valencia e Islas Baleares) de definirlo como un derecho real (usufructo, uso o habitación), personal o *sui generis*; resultando conveniente una futura regulación legal, especial y diferenciada que les asegure a los socios (actuales y futuros) una mínima y uniforme protección. Al margen de tal conveniencia, lo cierto es que en la actualidad la determinación de la naturaleza del derecho de uso dependerá de lo que regule al respecto los estatutos de cada cooperativa o, eventualmente, de la calificación que hagan de este derecho los tribunales:

1) El derecho de uso como un derecho real presenta tres opciones<sup>(49)</sup>:

a) El derecho de uso, regulado en los artículos 523 y ss. del CC, es un derecho real en cosa ajena, mueble o inmueble, concedido de forma personal al usuario para obtener todos los servicios y frutos que pueda aprovechar de la cosa (la extensión del contenido de los frutos viene determinada por las necesidades del usuario y su familia: artículo 524 CC). Estos frutos aprovechables se obtienen en calidad de propiedad y, en consecuencia, son heredables cuando no han sido consumidos. El derecho de uso no es susceptible de arrendamiento, traspaso ni gravamen (art. 525 CC y artículo 108.3 LH) y su constitución puede ser voluntaria (negocio jurídico bilateral) o por prescripción (negocio jurídico unilateral), bien a título gratuito o bien a título oneroso.

Pues bien, el derecho de uso de una vivienda permitiría utilizarla totalmente para habitarla o para otra finalidad, siendo esta última adversa al propósito de las cooperativas de vivienda, en la modalidad de cesión de uso, de aportar soluciones a la falta de acceso a la vivienda<sup>(50)</sup>.

b) El derecho de habitación, regulado en los artículos 523 y ss. del CC, tiene por finalidad exclusiva la de alojamiento en vivienda ajena, pero a diferencia del derecho de uso, en el de habitación: 1. no hay percepción de frutos, sino solo el derecho a morar. 2. No se circunscribe en la totalidad de la vivienda, sino a las piezas necesarias, es decir, la habitación y los elementos comunes necesarios. 3. Excluye el pago de una renta, debiendo sus titulares solo satisfacer aquellos gastos que sean individualizados<sup>(51)</sup>. Las características principales del derecho de habitación son su

---

(49) ALBORCH DE LA FUENTE, y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2019, pp. 519-521, plantean como otra posibilidad el arrendamiento (en cuyo caso nos remitimos a lo expuesto para las cooperativas de alquiler), así como la constitución del régimen de PH, pero sin alterar el dominio de la cooperativa (solo a efectos de individualización de los derechos de los socios y acceso en el RP).

(50) LAMBEA RUEDA, *CIRIEC*, pp. 139-178.

(51) *Ibidem*, pp. 157-159.

intransmisibilidad (no se puede arrendar, traspasar o hipotecar: artículo 525 CC y art 108.3 LH), su temporalidad y su gratuidad.

El derecho de habitación en el marco de una cooperativa de vivienda en cesión de uso tendría que modificar el aspecto de la gratuidad por el de la onerosidad, así como admitir la posibilidad de un derecho de habitación a favor de las personas jurídicas que participen como socias (posibilidad que no está muy clara en el marco del derecho de habitación)<sup>(52)</sup>.

c) El derecho de usufructo, regulado en los artículos 467 y siguientes del CC, conlleva el uso y disfrute, pero no la disposición del bien, mueble o inmueble, ajeno. El derecho de usufructo es temporal (por un tiempo cierto o, en su defecto, se presume vitalicio si el usufructuario es persona física: artículo 469 CC), personal, transmisible *inter vivos o mortis causa* (arts. 480 y 468 CC), gravable (art. 107.1 LH) y de constitución voluntaria (convenio, contrato o disposición de última voluntad) o de prescripción legal (usufructo del cónyuge viudo o por prescripción adquisitiva) (arts. 468 y 834 CC).

El derecho de usufructo en el marco de una cooperativa de vivienda en cesión de uso tendría que modificar la facultad del usufructuario de transmitir su derecho (mediante enajenación, testamento, etc.), habida cuenta de la supeditación del uso de la vivienda a la condición de socio y de la finalidad antiespeculativa en el contexto de las cooperativas en cesión de uso<sup>(53)</sup>. Asimismo, tratándose de personas jurídicas en condición de socias, resulta inconveniente el límite máximo de tiempo de vigencia del usufructo (30 años) establecido en el artículo 515 CC, todavía más en los casos en que sus aportaciones y participación en la actividad cooperativizada sea de mayor volumen<sup>(54)</sup>.

Como hemos visto, las reglas de los derechos de usufructo, uso y habitación no se ajustan completamente a las particularidades de las cooperativas de vivienda en cesión de uso, requiriendo su modulación estatutaria (ej., limitando la transmisibilidad del derecho o determinando su posibilidad bajo ciertos supuestos, fijándolos como derechos a título oneroso, delimitando su objeto que es la vivienda y su finalidad que es el alojamiento, etc.) en el marco del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC); aunque, hemos dicho, con el riesgo de desnaturalización de los elementos característicos y diferenciadores de estos derechos reales, lo que puede generar la confusión de unos con otros<sup>(55)</sup>.

(52) *Ibidem*, pp. 158-160.

(53) *Ibidem*, pp. 164-167.

(54) *Ibidem*.

(55) Al respecto *vid.* SIMÓN MORENO, *REVESCO*, pp. 31-40.

A los efectos inmobiliarios registrales, los derechos de usufructo, uso y habitación son inscribibles en el RP (art. 2.2 LH) de forma facultativa, como un presupuesto de publicidad (ya que, al ser a título oneroso, ni su elevación a escritura pública ni su registro son requisitos para su constitución)<sup>(56)</sup>. En tal sentido, cuando se constituya el usufructo, uso o habitación (por vía de *traslatio*, es decir, como un derecho nuevo constituido por la cooperativa, en calidad de titular dominical, a favor del socio), su acceso al RP se hace mediante un asiento de inscripción del título (escritura pública notarial o la elevación a documento público del documento privado del contrato o el testimonio de sentencia firme que declare el derecho) a favor del usufructuario, usuario o habitacionista (en este caso el socio), en donde constará inscrito el derecho real<sup>(57)</sup>.

Para el caso del usufructo, el asiento debe expresar la extensión del derecho, tanto lo que resulte de su regulación legal como lo que resulte con base en lo estipulado por las partes (a saber, las reglas que alteren el contenido y la configuración normal del derecho como, ej., la finalidad del uso del inmueble como vivienda habitual, las modificaciones de la obligación natural del usufructuario de conservación, la liberación de la obligación de constituir fianza y de hacer inventario, la imposibilidad del arrendamiento de la vivienda o la enajenación del derecho sobre ella a un tercero, etc.) (art. 467 CC, artículo 9 LH y artículo 51 RH)<sup>(58)</sup>. Por su parte, la extensión de los derechos de uso y habitación, a diferencia del usufructo, tiene un carácter objetivo y variable (art. 524 CC), pues dan derecho a percibir los frutos que basten o a ocupar las piezas necesarias para el titular y las personas de su familia, aunque esta aumente o disminuya (pudiendo llegar a acaparar todos los frutos o todas las habitaciones de un edificio), por lo que resulta difícil que estos derechos aparezcan inscritos con toda precisión (situación que difiere de la regulación del derecho de uso en el CCC que, en su artículo 562-7, lo concreta a la totalidad de la vivienda, sus dependencias y derechos anexos)<sup>(59)</sup>.

2) El derecho de uso como un derecho personal. Tal es el caso de las cooperativas de vivienda en cesión de uso sujetas a la Ley de vivienda

---

(56) No ocurre así con el usufructo a título gratuito sobre bienes inmuebles, el cual requiere para su validez la escritura pública en la que conste la voluntad del donante y la aceptación del donatario. Al respecto *vid.* STS 26 de mayo de 2014, FJ. 2.

(57) ROCA SASTRE; ROCA-SASTRE, y BERNÀ i XIRGO, 2009, pp. 210-211.

(58) *Ibidem*, pp. 196 y 210-213. Aunque autores como ROCA SASTRE expresan la utilidad de hacer constar en el RP todas las posibles particularidades que alteren la configuración normal del derecho de usufructo, acontece que tratándose de obligaciones personales (ej., la liberación de la carga de fianza e inventario o la prohibición de usufructuario de arrendar o enajenar el derecho, etc.), el registrador puede negarse a dejar constancia de estas en el RP. Al respecto *vid.* DGRN de 26 de noviembre de 2019.

(59) ROCA SASTRE; ROCA-SASTRE, y BERNÀ i XIRGO, 2009, pp. 224-225.

colaborativa de la Comunidad de Valencia o a la LCOOP de las Islas Baleares, no tiene acceso al RP (9 RH), pues, a diferencia del arrendamiento (art. 2. 5.º LH y disposición adicional 2.ª de la LAU), no existe, hasta el momento, una norma con rango legal que prevea expresamente y como excepción a la regla del artículo 9 RH su inscripción. Este estado de cosas puede que se mantenga en el futuro próximo, a raíz de la escasa representatividad que tiene este modelo de vivienda en el mercado actual<sup>(60)</sup> y de sus problemas en su replicabilidad<sup>(61)</sup>; a pesar de que este derecho incida directamente sobre la finca limitando la propiedad de esta.

Finalmente, en lo que al RP y a la propiedad privada de la edificación en su conjunto se refiere, debemos recalcar que es la cooperativa (en cesión de uso) la que es propietaria de todos los espacios, las instalaciones, los equipamientos y los servicios que integran la edificación, aun cuando el uso de alguno de estos elementos (ej., las unidades de vivienda) se haya asignado exclusivamente a los socios y familiares de forma individualizada (no perdiendo por ello su carácter de ser un elemento de propiedad de la cooperativa). En este orden de ideas, la cooperativa, como titular dominical de toda la edificación, es la legitimada para solicitar o bien la inmatriculación de la finca (si la finca no constase previamente en el RP y a través de los procedimientos de los artículos 203, 205 y 206 LH, que anteriormente explicamos) como una sola finca y bajo un solo número (art. 8.3 y 243 LH y artículo 44.1 RH), o bien la inscripción del título que contiene el acto o negocio jurídico (compraventa, donación, etc.) por el que deviene propietaria de la edificación (arts. 2 y 3 LH; artículo 33 RH). El asiento debe expresar la extensión del derecho de propiedad de la cooperativa (art. 9 LH y 51 RH)<sup>(62)</sup>, ej., las limitaciones a las que obliga su inscripción la LCOOP de Baleares (prohibición de transformación en PH y en cualquier otro tipo de sociedad o clase de cooperativa: artículo 130.5 d), aunque sea discutible el valor de su inscripción, al tratarse de una limitación legal. En el RP también tendría reflejo las relaciones de la cooperativa con las Administraciones Públicas, ej., la constitución de un derecho de superficie (arts. 145 y ss. de la Ley 33/2003, 3 de noviembre; artículos 53 y 54 LSRU) para la cesión de suelo público a favor de la cooperativa (titular del derecho)<sup>(63)</sup>.

---

(60) Actualmente existen doce cooperativas (bajo esta modalidad) en funcionamiento, en toda España. Grupo de Trabajo de Vivienda REAS y Alterhabit, «Mapa de vivienda cooperativa en cesión de uso».

(61) Sobre los desafíos de este modelo de vivienda *vid.* SIMÓN MORENO, *REVESCO*, pp. 31-40.

(62) ALBORCH DE LA FUNTE, y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2019, pp. 520, proponen trasladar las reglas sobre el uso (que normalmente están en el reglamento interno) a los estatutos con el fin de que estas tengan acceso al RP, aun cuando aquellas constituyan obligaciones personales (*vid.* cit., núm. 60).

(63) *Ibidem*, pp. 523-525.

## 5. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto tenemos que el formato legal de cooperativas de vivienda, en lo que concierne a la tenencia de vivienda, presenta variedades de opciones sujetas a las reglas de Derecho Civil, cuya remisión se precisa debido a la falta de su concreción y definición en la legislación cooperativa. A su vez, la puesta en funcionamiento de las cooperativas de vivienda en España, durante los últimos 50 años, ha evidenciado tipos diferentes de modelos cooperativos que responden a diversos intereses comunes, entre estos, el que se refiere a la propiedad privada sobre los inmuebles. Así, encontramos tres tipos de cooperativas: las cooperativas para la adjudicación en propiedad privada de las viviendas, las cooperativas de vivienda de alquiler y el modelo más novedoso de cooperativas en cesión de uso.

Estos tres tipos de cooperativas de vivienda, pese a inspirarse en los mismos principios y compartir los aspectos cooperativos estrictamente básicos regulados en la legislación cooperativa (constitución; derechos y deberes de los socios, pero no en relación con la vivienda; órganos sociales; etc., los cuales, de hecho, son comunes para las múltiples clases de cooperativas), son distintivas interna y externamente. Muestra de esta divergencia es la referente al derecho que recae sobre las viviendas (derecho de propiedad privada, arrendamiento, usufructo, uso y habitación) y su acceso al RP.

En relación con este último aspecto, la inscripción de las titularidades y derechos en el RP ciertamente ofrece a los socios cooperativistas la ventaja de la seguridad jurídica preventiva en el tráfico jurídico inmobiliario (más o menos dinámico según qué modelo cooperativo) que deriva de la publicidad registral. Sin embargo, como hemos visto, el acceso al RP también resulta desigual en los esquemas cooperativos de vivienda, pareciendo claro en el contexto de las cooperativas para la adjudicación en propiedad privada de las viviendas (tratamiento registral similar al de las viviendas en régimen de PH) y en el de las cooperativas de vivienda de alquiler. Por su parte, en el marco de las cooperativas de vivienda en cesión de uso, dicho acceso dependerá (a falta de normativa) de la regulación que por vía estatutaria (o, incluso, por sentencia de los tribunales) se haga del derecho de uso, ya sea como un derecho real (usufructo, uso, habitación o el aprovechamiento por turnos de naturaleza real) o como un derecho personal (al modo de las cooperativas en cesión de uso de la comunidad de Valencia o Islas Baleares).



## BIBLIOGRAFÍA

- ALBORCH DE LA FUNTE, J. A., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, E., «Protección de usuarios de la vivienda colaborativa a través del Registro de la propiedad», en E. Muñiz Espada (Dir.), *La protección del consumidor en la vivienda colaborativa*, Madrid, 2019.
- ALIANZA COOPERATIVA INTERNACIONAL, *Los principios cooperativos para el siglo XXI*, Buenos Aires, 1996.
- AYUNTAMIENTO DE BARCELONA, «vivienda asequible con promotores sociales y cooperativos», recuperado de <https://www.habitatge.barcelona/es/acceso-a-vivienda/innovacion-en-la-produccion-de-vivienda/vivienda>. Consultado el 18 de junio de 2024.
- ETXEZARRETA, A., y MERINO, S., «Las cooperativas de vivienda como alternativa al problema de la vivienda en la actual crisis económica», *Revista de Estudios Cooperativos*, 2014, núm. 113, pp. 92-119.
- GÓMEZ APARICIO, A., *Análisis de los aspectos financieros de la sociedad cooperativa de vivienda en España*, Madrid, 1993.
- GONZÁLEZ TAUSZ, F., «Las cooperativas de vivienda de responsabilidad limitada no existe», *REVESCO*, 1999, núm. 67, pp. 92-96.
- GRUPO DE TRABAJO DE VIVIENDA REAS y ALTERHABIT, «Mapa de vivienda cooperativa en cesión de uso», recuperado de <https://experience.arcgis.com/experience/21f036a19c87430b97ff21035f11a86a/>. Consultado el 28 de junio de 2024.
- HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J., «Multipropiedad en la práctica notarial», *Actualidad civil*, 1995, Vol. 2, núm. 14-26, pp. 414.
- LACOL y LA CIUTAT INVISIBLE, *Habitar en comunidad: La vivienda cooperativa en cesión de uso*, Madrid, 2018.
- LACRUZ BERDEJO, J., y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho inmobiliario registral*, Madrid, 2003.
- LAMBEA RUEDA, A., «Adjudicación y cesión de uso en las cooperativas de vivienda», *CIRIEC*, 2012, núm. 23, pp. 139-178.
- LARSEN, H. G., «Three phases of Danish cohousing: tenure and the development of an alternative housing form», *Housing Studies*, 2019, Vol. 34, núm. 8, pp. 1354-1355.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, L., y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., «Nuevos modelos de hábitat compartido: el proyecto cohousing. Del derecho de propiedad al derecho de uso», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2015, núm. 38, pp. 253-284.
- LOPÉZ, D., y ESTRADA, M., «¿Cómo avanzan las dinámicas de senior cohousing en España?», en S. Ezquerro, M. Pérez, M. Pla, J. Subirats (Eds.), *Edades en transición. Envejecer en el siglo XXI*, Madrid, 2016.
- MCCAMANT, K., y DURRETT, C., *Creating Cohousing*, Canadá, 2011.
- MERINO HERNÁNDEZ, S., «Realidad de las cooperativas de vivienda en la Comunidad Autónoma de País Vasco», *Revista Vasca de Economía Social*, 2018, Vol. 15, pp. 273-300.
- MOLINA ILLESCAS, S., *Arrendamientos urbanos y registro de la propiedad*, Navarra, 2024.





- MOLINA, L., *Los seis libros de justicia y Derecho*, Madrid, 1941.
- NASARRE AZNAR, S., *Los años de la crisis de la vivienda*, Valencia, 2020.
- PISOSBLOG, «cooperativas de arrendadores, otra forma de invertir en alquiler», recuperado de <https://www.pisos.com/aldia/cooperativa-de-arrendadores-otra-forma-de-invertir-en-alquiler/63590/>. Consultado el 18 de junio de 2024.
- ROCA SASTRE, R., *Derecho hipotecario*, tomo III, 7.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1979.
- ROCA SASTRE, R., y ROCA-SASTRE, L., *Derecho hipotecario*, 8.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1995.
- ROCA SASTRE, R.; ROCA-SASTRE, L., y BERNÀ I XIRGO, J., *Derecho hipotecario*, tomo V, 9.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2007.
- *Derecho hipotecario*, tomo VI, 7.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2009.
- RODRÍGUEZ LIÉVANO, M.<sup>a</sup> P., «Cooperativas de vivienda: experiencia en Uruguay», *Housing: Revista de la Cátedra UNESCO de Vivienda de la Universidad. Rovira i Virgili*, 2019, núm. 12, pp. 25-28.
- «El cohousing como modelo habitacional y su diferenciación respecto a la propiedad horizontal», *Revista Consell*, 2019, núm. 121, pp. 16-19.
- «Facilidad para discriminar en las comunidades cohousing», *Diario de Tarragona*, 2022, recuperado de <https://housing.urv.cat/es/diari-de-tarragona-50/>. Consultado el 18 de septiembre de 2024.
- «La primera Ley de vivienda colaborativa», *Diario de Tarragona*, 2023, recuperado de <https://www.diaridetarragona.com/economia/economia-empresas/la-primer-ley-de-vivienda-colaborativa-BN17382322>. Consultado el 18 de septiembre de 2024.
- SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO, B., *Manual de Derecho inmobiliario registral*, Valencia, 2019.
- SIMÓN MORENO, H., «Las cooperativas de vivienda en cesión de uso ¿una alternativa real a la vivienda en propiedad y en alquiler en España», *REVESCO*, 2020, núm. 134, pp. 31-40.

## NORMATIVA

Real Decreto Ley de Casas Baratas, de 10 de octubre del año 1924, *BOE* núm. 289, de 15 de octubre de 1924.

Real Decreto Ley de 28 de julio del año 1925 relativo a la construcción de casas económicas destinadas a la clase media, *BOE* núm. 217 de 5 de agosto de 1925.

Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, *BOE* núm. 58 de 27 de febrero de 1946.

Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario, *BOE* núm. 106 de 16 de abril de 1947.

Ley de 15 de julio del año 1954, sobre protección de viviendas de renta limitadas, *BOE* núm. 197 de 16 de julio de 1954.

Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, *BOE* núm. 176 de 23 de julio de 1960.



Ley 2/1994, de 30 marzo, sobre subrogación y modificación de hipotecas, *BOE* núm. 80 de 04 de abril de 1994.

Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, *BOE* núm. 282 de 25 de noviembre de 1994.

Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los Contratos de Arrendamientos Urbanos, *BOE* núm. 64 de 14 de marzo de 1996.

Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas, *BOE* núm. 170, de 17 de julio de 1999.

Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, *BOE* núm. 266 de 06 de noviembre de 1999.

Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamiento rústico, *BOE* núm. 284 de 27 de noviembre de 2003.

Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, *BOE* núm. 162 de 7 de julio de 2012.

Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, *BOE* núm. 264 de 4 de noviembre de 2013.

Ley 12/2015, de 9 de julio, de Cooperativas, *BOE* núm. 194 de 14 de agosto de 2015.

Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, de la LSRU, *BOE* núm. 261 de 31 de octubre de 2015.

Ley 5/2019, de 15 de marzo, sobre contratos de crédito hipotecario, *BOE* núm. 65 de 16 de junio de 2019.

Ley 5/2023, de 8 de marzo, de cooperativas de Islas Baleares, *BOE* núm. 138 de 10 de junio de 2023.

Ley 3/2023, de 13 de abril, de vivienda colaborativas de Valencia, *BOE* núm. 100 de 27 de abril de 2023.

## NORMATIVA INTERNACIONAL

Decreto núm. 183/018 de Uruguay: recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/183-2018>.

Ley sobre arrendamiento cooperativo de Suecia: Lag 2002:93 om kooperativ hyresrätt, recuperado de [https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-200293-om-kooperativ-hyresratt\\_sfs-2002-93/#](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-200293-om-kooperativ-hyresratt_sfs-2002-93/#).

Ley sobre cooperativas de vivienda de Suecia: bostadsrättslag, recuperado de <https://lagen.nu/1991:614>.



Ley de vivienda de Países Bajo: Woningwet, recuperado de <https://wetten.overheid.nl/BWBR0005181/2024-01-01#HoofdstukIIIa>.

Ley de vivienda pública de Dinamarca: Lov om almene boliger, recuperado de <https://www.retsinformation.dk/eli/lt/2021/1877>.

Ley sobre cooperativas de vivienda de Dinamarca: Lov om andelsboligforeninger, recuperado de <https://www.retsinformation.dk/eli/lt/2020/1281>.

## DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

DGRN de 5 de octubre de 2000, *BOE* núm. 270 de 10 de noviembre de 2000.  
DGRN de 23 de julio de 2001, *BOE* núm. 200 de 21 de agosto de 2001.  
DGRN de 4 de febrero de 2002, *BOE* núm. 92 de 17 de abril de 2002.  
DGRN de 7 de enero de 2004, *BOE* núm. 41 de 17 de febrero de 2004.  
DGRN de 7 de mayo de 2009, *BOE* núm. 139 de 9 de junio de 2009.  
DGRN de 3 de marzo de 2012, *BOE* núm. 107 de 4 de mayo de 2012.  
DGRN de 12 de febrero de 2016, *BOE* núm. 60 de 10 de marzo de 2016.  
DGRN de 8 de septiembre de 2016, *BOE* núm. 236 de 30 de septiembre de 2016.

DGRN de 14 de noviembre de 2016, *BOE* núm. 289 de 30 de noviembre de 2016.

DGRN de 18 de enero de 2017, *BOE* núm. 32 de 7 de febrero de 2017.  
DGRN de 29 de mayo de 2017, *BOE* núm. 148 de 22 de junio de 2017.  
DGRN de 30 de octubre de 2017, *BOE* núm. 286 de 24 de noviembre de 2017.

DGRN de 24 de mayo de 2018, *BOE* núm. 142 de 12 de junio de 2018.  
DGRN de 26 de noviembre de 2019, *BOE* núm. 311 de 27 de diciembre de 2019.

## TRIBUNAL SUPREMO

STS 20 de febrero de 1989, RJ. 1989/1212, FJ. 2.  
STS 25 de febrero de 1986, RJ. 1986/854, FJ. 2.  
STS 22 de mayo de 1992, ECLI: ES: TS:1992:4111, FJ. 5.  
STS 31 de diciembre de 1992, ECLI: ES: TS:1992:9440, FJ. 2.  
STS 8 de junio de 1992, ECLI: ES: TS:1992:4574, FJ. 2.  
STS 25 de mayo de 1998, ECLI: ES: TS:1998:3384, FJ. 5.  
STS 30 de marzo de 1999, ECLI: ES: TS:1999:2241, FJ. 1.  
STS 4 de febrero de 2005, ECLI: ES: TS:2005:614, FJ. 2.



STS 20 de octubre de 2008, ECLI: ES: TS:2008:5451, FJ. 2 y 3.  
STS 27 de abril de 2009, ECLI: ES: TS:2009:2676, FJ. 2.  
STS 2 de diciembre de 2010, ECLI: ES: TS:2010:6944, FJ. 2.  
STS 6 de abril de 2011, ECLI: ES: TS:2011:2020, FJ. 2.  
STS 8 de abril de 2011, ECLI: ES: TS:2011:2488, FJ. 3.  
STS 9 de octubre de 2013, ECLI: ES: TS:2013:4964, FJ. 3.  
STS 26 de mayo de 2014, ECLI: ES: TS:2014:2115, FJ. 2.  
STS 3 de diciembre de 2014, ECLI: ES: TS:2014:5403, FJ. 5.  
STS 9 de diciembre de 2015, ECLI: ES: TS:2015:5688, FJ. 3.12 y consideración Núm. 4.  
STS 31 de mayo de 2021, ECLI: ES: TS:2021:2195, FJ. 2 y 3.

## AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Jaén 24 de septiembre de 2020, ECLI: ES: APJ:2020:268, FJ. 2.  
SAP Madrid 28 de septiembre de 2012, ECLI: ES: APM:2012:16879, FJ. 3.  
SAP Madrid 21 de enero de 2019, ECLI: ES: APM:2019:941, FJ. 3.  
SAP Sevilla 18 de diciembre de 2020, ECLI: ES: APSE:2020:1376, FJ. 2.  
SAP Valencia 25 de septiembre de 2012, ECLI: ES: APV:2012:4067, FJ. 3-4.  
SAP Zaragoza Núm. 697/2000 de 21 de noviembre de 2000, Rec. 401/2000, FJ. 1.

## TRIBUNALES INTERNACIONALES

Tribunal Federal de Justicia de Alemania, en sentencia del 10 de septiembre de 2003 (recuperado de <https://dejure.org/2003,1271>).

Tribunal Regional Superior de Karlsruhe-Alemania, en sentencia de 21 de enero de 1985 (recuperado de <https://dejure.org/1985,2268>).

## **E. Protección registral de la vivienda familiar: la constancia registral del carácter de vivienda familiar y sus consecuencias en ejecuciones forzosas \***

**María Goñi Rodríguez del Almeida**  
*Profesora Titular de Derecho Civil*  
*Universidad Francisco de Vitoria*  
*maria.goni@ufv.es*

**Resumen:** *La vivienda habitual es un inmueble que, por su finalidad y características, goza de un régimen jurídico especial. Este peculiar régimen tiene por finalidad la protección de la vivienda habitual en el tráfico jurídico. Por ello, es necesario que todos puedan conocer tal carácter y de ahí que la constancia del carácter de habitual de una vivienda en el Registro sea imprescindible. Se analiza en este trabajo cuando, cómo y por qué es necesaria la constancia registral del carácter de vivienda familiar. Se presta especial atención a las consecuencias que tal constancia registral*

---

\* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00), IP: Matilde Cuenca Casas, del que soy miembro del equipo investigador.

*tiene en el procedimiento de ejecución hipotecaria, en el que cambian importantes reglas; tanto, que nos llevan a considerar que estamos ante un «nuevo y especial» procedimiento de ejecución de bienes hipotecados.*

**Palabras clave:** *vivienda habitual, registro de la propiedad, constancia registral, ejecución hipotecaria.*

**Abstract:** *The habitual residence is a property that, due to its purpose and characteristics, enjoys a special legal regime. This peculiar regime has the purpose of protecting the habitual residence in legal transactions. Therefore, it is necessary that everyone can know such character and hence the proof of the habitual character of a dwelling in the Registry is essential. This work analyses when, how and why the registry proof of the character of a family residence is necessary. Special attention is paid to the consequences that such registry proof has on the foreclosure procedure, in which important rules change; so much so, that they lead us to consider that we are facing a «new and special» procedure for the execution of mortgaged assets.*

**Keywords:** *habitual residence, property registration, registration certificate, mortgage foreclosure.*

**Sumario:** 1. Importancia de la constancia registral del carácter de vivienda habitual del inmueble. 1.1 Código Civil. 1.2 Ley Hipotecaria. 1.3 Ley de Enjuiciamiento Civil. 2. Constancia registral del carácter de vivienda habitual de finca hipotecada. 2.1 Problemas sobre la constancia del carácter habitual de la vivienda hipotecada antes de su ejecución. 2.2 Problemas derivados de la constancia del carácter habitual de vivienda hipotecada en el procedimiento «especial» de ejecución hipotecaria. 3. Consecuencias de la constancia registral del carácter de vivienda habitual en el procedimiento de ejecución hipotecaria. 3.1 Antes de la subasta: Vencimiento anticipado y posibilidad de liberación del bien (693 LEC). 3.2. Subasta de bienes inmuebles (art. 655 bis LEC). 3.3 Adjudicación en la subasta al acreedor ejecutante (antiguo 671 LEC). 3.4 Precio obtenido en subasta y pago del remate (672, 654 y 579.2 LEC). 3.5 Liquidación de costas (575.1 bis LEC). 3.6 Suspensión del lanzamiento (art. 1 Ley 1/2013 y sucesivas reformas). 3.7 Recapitulación. Bibliografía.

## 1. IMPORTANCIA DE LA CONSTANCIA REGISTRAL DEL CARÁCTER DE VIVIENDA HABITUAL DEL INMUEBLE

Ya ha sido analizado en este tratado qué es la vivienda habitual, y cuáles son las características que le hacen merecedora de un régimen

diferenciado. No vamos a incidir en ello, pero en este capítulo hay que poner de relieve que el carácter de bien inmueble de la vivienda habitual sobre el que recaen derechos reales o situaciones jurídico reales que deben gozar de publicidad para su oponibilidad a terceros, hace que ese especial carácter, ser vivienda habitual, deba constar en el Registro de la propiedad, en el folio destinado a la finca en cuestión, para que todos puedan conocer sus especiales características y régimen.

Luego, la constancia en el registro de dicho carácter, lejos de ser baladí, se constituye, a nuestro parecer, en elemento clave para que la especialidad de su régimen jurídico sea efectiva. Si no es conocido, no podrá ser respetado y aplicado por todos, y esto se consigue mediante su constancia y publicidad registral. De este modo, se protegerá al titular de dicha vivienda en determinadas ocasiones, otorgándole ciertas prerrogativas –e incluso privilegios– que no tienen otros titulares de inmuebles que no constituyan su vivienda habitual. El titular de la vivienda habitual<sup>(1)</sup> podrá hacer constar que se trata de la vivienda habitual mediante la acreditación de la certificación registral que reproduzca dicha inscripción, que es la que produce efectos legitimadores registrales, a través de la presunción del artículo 38LH «a todos los efectos legales». En este sentido, la RDGRN 26 noviembre de 2013 insiste en la importancia de hacer constar dicha circunstancia de vivienda habitual «porque la inscripción de tal carácter, que desde ese momento está protegida por la legitimación registral, determinará de futuro el conjunto normativo aplicable a la vivienda».

Y ¿por qué es necesario e importante que sea conocido tal carácter? ¿En qué favorece o afecta la constancia registral de la vivienda habitual a su titular?

Tres son las leyes que se refieren a la constancia registral de la vivienda habitual en el Registro, y que justifican su importancia, a saber, el Código Civil (CC), la Ley Hipotecaria (LH), y la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) –estas dos últimas han recogido las exigencias que al respecto estableció la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI)–.

Analizaremos las cuestiones que establecen cada una de ellas, con especial detenimiento en el procedimiento de ejecución hipotecaria –objeto concreto de ese trabajo–, así como la forma de practicar dicha constancia; pero podemos resumir, *a priori*, que es importante hacer constar dicho carácter porque solo así se consigue que este sea conocido –y oponible– a todos.

---

(1) Cualquiera que sea su título: propietario, arrendatario, usufructuario, usuario, etc.

Y ello es necesario porque sobre este especial inmueble existen limitaciones, ventajas y requisitos especiales en la constitución o devenir de determinados derechos que recaen sobre él que deben conocerse por terceros<sup>(2)</sup>.

De este modo, la constancia del carácter de vivienda habitual en el Registro facilita el conocimiento y aplicación de esas limitaciones y ventajas que recaen sobre el inmueble, a saber:

A) El propietario de una vivienda habitual soporta especiales limitaciones dominicales de disposición (art. 1320 CC), y de uso, cuando en ella habita otra persona y tiene el derecho de uso a la vivienda como consecuencia de una separación o divorcio (art. 96.3 CC).

B) Igualmente, el titular del uso de una vivienda habitual puede oponer sus facultades –positivas– de uso de la vivienda –que no es suya– que deben respetarse por terceros adquirentes (art. 96.3 CC).

C) La hipoteca que se constituye sobre el inmueble vivienda habitual tiene peculiaridades propias que deben conocerse. Tanto en la información precontractual que debe darse, más extensa, como en la constitución de la misma, pues al ser un acto dispositivo, requiere consentimientos especiales. Además, deberán respetarse las limitaciones en cuanto a intereses moratorios, cláusulas suelo y amortización anticipada que establece la LCCI, pero, sobre todo, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, supone un procedimiento de ejecución hipotecario diferenciado para proteger al deudor habitante, que difiere notablemente del procedimiento ejecutivo hipotecario normal (art. 21 LH y LEC).

D) En caso de trabarse embargos sobre la vivienda habitual, y si consta tal carácter en el registro, el Registrador puede suspender la anotación de embargo si no se ha notificado al cónyuge del deudor (arts. 144.5 LH, 76 RGR)<sup>(3)</sup>; y si se trata de un deudor emprendedor de responsabilidad limitada, puede incluso resultar inembargable la finca (art. 8 Ley 14/2013), salvo que dicho embargo sea motivado por débitos ajenos a su actividad profesional.

E) La constancia registral de vivienda habitual facilita la contratación del seguro decenal. La obligatoriedad de contratar el seguro decenal para las construcciones destinadas a vivienda se facilita y se agiliza, pues al constar tal carácter en el Registro, no habrá que acreditar que se trata de una vivienda habitual; y, al contrario, no habrá que justificar que no es tal cuando no conste en el Registro, y por tanto, se exonere de contratar ese seguro.

(2) En este sentido véase: LORIENTE ROJO, M. A. (2024), *Legaltoday*.

(3) Artículo. 76.3 del Reglamento General de Recaudación (RGR): Real Decreto 939/2005 de 29 de julio, por el que se aprueba el reglamento de recaudación.



F) Solo podrán constituirse hipotecas inversas sobre la vivienda habitual, lo que implica el conocimiento de tal carácter.

En consecuencia, cuando en el Registro conste, en la inscripción de la finca o al margen, que se trata de una vivienda habitual, se facilita enormemente el desarrollo, ejecución y efectividad de los derechos, actos y procedimientos a los que se ve sometida, porque se conoce tal carácter, sin necesidad de una larga, difícil o costosa acreditación de este que, de otro modo, se requeriría. No puede olvidarse que la vivienda habitual no es un inmueble sin más, sino que su especial destino y función le hacen merecedor de un régimen especial, y para su aplicación es necesario conocer que se trata de una vivienda habitual. Luego, la constancia registral del carácter de vivienda habitual es indispensable para el desarrollo del especial régimen de este peculiar inmueble.

Como ya hemos dicho, varias son las leyes en las que se alude a la necesidad de la constancia registral de vivienda habitual y su especial régimen.

## 1.1 Código Civil

La necesidad de hacer constar el carácter de vivienda habitual en el Registro se deduce –que no se establece de forma expresa– de la redacción del nuevo párrafo 3 del artículo 96.3CC. En este párrafo tercero se ordena la inscripción del derecho de uso a la vivienda familiar cuando, tras una situación de crisis matrimonial, se atribuye dicho uso al cónyuge no titular de la vivienda.

La Ley 8/2021, de 2 de marzo, modificó el artículo 96 CC, y en su apartado 3.º, recogió la necesidad de inscribir en el Registro de la Propiedad el derecho de uso a la vivienda familiar. Es de agradecer que por fin se establezca de forma clara tal inscripción, como ya pedíamos hace años<sup>(4)</sup>. Pero, parece que, de momento – habrá que esperar a la interpretación jurisprudencial de aquel–, solo se inscribe la limitación o prohibición de disponer sobre ella. La literalidad del precepto parece clara: «esta restricción de la facultad dispositiva». ¿Solo debe/puede inscribirse el contenido negativo del derecho de uso a la vivienda familiar? Aparentemente así es, porque pudiendo aprovechar la reforma para hablar simplemente de la necesidad de hacer constar el derecho de uso a la vivienda familiar, el legislador utiliza las palabras «restricción de la facultad dispositiva»; es decir, da a entender que se inscribe solo el contenido negativo, pues en

---

(4) Véase GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013), *RCDI*, pp. 1893-1912 y (2008), *RCDI*, pp. 2518-2525.

la especificación excluye el contenido positivo, o sea, la facultad posesoria, de ocupación –que entendemos también debería hacerse constar–.

La posibilidad de inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar, aunque sea solo en su vertiente negativa, nos conduce inexorablemente a exigir que en el Registro se haga constar ese carácter, simultánea e inexorablemente unido al derecho de uso. Pues solo sobre la vivienda familiar se puede inscribir este derecho.

Es cierto que la limitación dominical debe ser oponible *erga omnes*, y esto solo será así con su inscripción en el Registro, y es bueno y loable que se haga y se haya ordenado en esta reforma. De otro modo, los terceros adquirentes de buena fe, si no conocen esa limitación de disponer, no se verían afectados en su adquisición, y el cónyuge usuario y los menores que estén bajo su custodia, podrían perder la vivienda, quedando totalmente inútil el derecho de uso atribuido, por el juego de los artículos 32 y 34 LH, con los principios de inoponibilidad de lo no inscrito y mantenimiento en la adquisición.

Por lo tanto, si queremos que esa limitación a la facultad de disposición del cónyuge titular de la vivienda sea oponible *erga omnes*, deberá hacerse constar el carácter de vivienda habitual junto con el derecho de uso.

Es cierto que en el artículo 1320 CC también se establece otra limitación de disponer al titular de la vivienda familiar, constante matrimonio, y aunque esta sea de titularidad privativa. La aplicación de este importante artículo, como ya hemos dicho, se facilitaría con la constancia registral del carácter de vivienda habitual, pero la ley no ordena su inscripción, a diferencia del supuesto anterior en el que el carácter de habitual va unido al derecho de uso.

Considero que las excepciones sobre la vivienda habitual que establece el CC, en relación con las facultades de disposición y uso del titular de la vivienda, en aras de protección a la familia o los más necesitados de atención, justifican ya, por sí mismas, la necesidad de hacer constar en el Registro tal carácter. Creo que, como ya he defendido en otras ocasiones, debe hacerse constar y publicar tal circunstancia respecto de cualquier finca registral que tenga tal carácter, esté o no hipotecada. Solo así se podrá proteger efectivamente, y frente a todos –incluido el titular–, a sus habitantes, para darles un lugar donde vivir y desarrollarse íntegramente como personas. Aunque el legislador se ha centrado en la protección de la vivienda habitual cuando esté hipotecada, como veremos a continuación, no puede olvidarse que también debe protegerse en otras circunstancias. Para ello, es absolutamente necesaria la toma registral del carácter de vivienda habitual en el Registro, bien mediante nota marginal o en el cuerpo de la inscripción al describir la finca, igual que si hubiera una hipoteca sobre ella.



## 1.2 Ley Hipotecaria

Las referencias legales más explícitas sobre la constancia de la vivienda habitual en el Registro se encuentran cuando sobre la finca se ha constituido un derecho real de hipoteca en garantía de un préstamo. Es en la Ley Hipotecaria donde encontramos la referencia más clara sobre la constancia registral del carácter de vivienda habitual.

En efecto, el artículo 21.3 LH afirma que «En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución.» Y, en consecuencia con el mismo, cuando se pacte una ejecución extra judicial, el artículo 129-2-b) de la Ley Hipotecaria dispone igualmente que «La estipulación en virtud de la cual los otorgantes pacten la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura y deberá señalar expresamente el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la venta extrajudicial el inmueble es vivienda habitual si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución».

La exigida manifestación en el documento notarial conduce, según nuestro parecer, a su reflejo en el Registro, mediante su constancia en el folio de la finca correspondiente; pues se trata, como veremos, de un dato que debe ser oponible a terceros ya que delimita especialidades tanto en la constitución como en el procedimiento de ejecución de hipoteca<sup>(5)</sup>. Estos dos artículos de la LH nos indican la necesidad de dar publicidad al carácter de vivienda habitual del inmueble hipotecado mediante su manifestación y consecuente inscripción en Registro.

La LH recoge, también, otras disposiciones especiales que pueden aplicarse a los préstamos hipotecarios que recaen sobre la vivienda habitual, como puede ser el artículo 114.3 LH. Si bien, en este artículo se hace referencia a los préstamos hipotecarios que recaen sobre un inmueble de uso residencial, que es un concepto más amplio que el de vivienda habitual, pues incluye segundas residencias, residencias temporales, etc. Este

---

(5) Tal y como manifiesta Ángel Valero, la finalidad de estos artículos es: «constituir un principio de prueba a los efectos de aplicar a un tipo de préstamos hipotecarios, caracterizados fundamentalmente por su objeto, todas las medidas legales que ésta y otras leyes, más o menos coetáneas, establecen en favor de la vivienda habitual de las personas físicas, entendida como domicilio familiar, en relación a las condiciones de transparencia informativa, limitaciones de las cláusulas financieras —en especial de los intereses moratorios, las medidas alternativas a la ejecución hipotecaria y los resultados de la propia ejecución». VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A. (2013), p. 1.

artículo se reformó como consecuencia de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI), que traspuso la Directiva Europea 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, que engloba los créditos garantizados con todos los inmuebles de uso residencial, y no solo la vivienda habitual del deudor.

### 1.3 Ley de Enjuiciamiento Civil

Por último, la LEC en diversos artículos establece un régimen del procedimiento de ejecución hipotecario diferente para la vivienda habitual. Las principales modificaciones que contemplan esta especialidad se introdujeron también tras la LCCI y, aunque en ninguno de los preceptos se indica la obligatoriedad de la constancia registral del carácter de vivienda habitual, las peculiaridades introducidas para la ejecución hipotecaria de este inmueble y la necesidad de su conocimiento al inicio de la ejecución (art. 685.2. 3 párrafo) y de la subasta (art. 655 bis), así como en la adjudicación de vivienda y remate (arts. 579 y 671) implican, obviamente, su constancia y publicidad registral, pues la LEC exige que se haga constar tal circunstancia<sup>(6)</sup>. Si esa circunstancia está inscrita en el Registro de la Propiedad, se facilita enormemente tal requisito, como luego veremos.

Dedicamos los siguientes epígrafes al desarrollo específico del procedimiento de ejecución hipotecaria, por lo que no nos detenemos ahora más en ello.

## 2. CONSTANCIA REGISTRAL DEL CARÁCTER DE VIVIENDA HABITUAL DE FINCA HIPOTECADA

Como ya hemos dicho, las referencias sobre la constancia en el Registro del carácter de vivienda habitual se refieren en su mayoría a la constitución y posterior ejecución de la hipoteca que recae sobre ella; cuando la finca está hipotecada. Vamos a centrarnos en este caso, con especial

---

(6) Véase, artículo 685.2. 3 párrafo, sobre las circunstancias y documentos que deben acompañar a la demanda ejecutiva: «En supuestos de demanda de ejecución sobre bienes hipotecados deberá indicarse si el inmueble objeto de la misma constituye la vivienda habitual del deudor, así como si concurre en la parte ejecutante la condición de gran tenedora de vivienda conforme a lo previsto en la letra b) del apartado 6 del artículo 439».

referencia a sus implicaciones en el procedimiento de ejecución hipotecaria al que puede verse sometida.

## 2.1 Problemas sobre la constancia del carácter habitual de la vivienda hipotecada antes de su ejecución

Cuando sobre la vivienda habitual se constituye una hipoteca, la LH exige que en esa escritura de préstamo hipotecario se haga contar el carácter de vivienda habitual, y ello debe reflejarse en el Registro (art. 21.3 LH). Es importante, ya en esta fase, que se haga tal constancia, pues no podemos olvidar que un préstamo hipotecario sobre vivienda habitual tendrá limitaciones en cuanto a los intereses moratorios (art. 114.3 LH), se limitarán las posibilidades de un vencimiento anticipado (art. 24 LCCI que modificó el artículo 693 LEC), no puede contener cláusulas suelo (art. 21.3 LCCI), y se ha visto sometido a sucesivas moratorias así como limitaciones en los tipos de interés cuando los deudores sean vulnerables, sin olvidarnos de que si el hipotecante está casado, deberá constar el consentimiento de su cónyuge para hipotecar la vivienda (art. 1320 CC).

Este paso previo, y antes de que se produzca una hipotética ejecución hipotecaria, plantea una serie de cuestiones que deben analizarse.

1. *¿La constancia registral que recoge el artículo 21.3 LH se refiere solo a cuando existe un préstamo hipotecario, o puede extenderse a cualquier crédito garantizado con hipoteca?*

El artículo 21.3 LH establece la obligación de hacer constar el carácter de vivienda habitual en las escrituras de préstamo hipotecario, y nos planteamos si puede hacerse extensiva a las escrituras de otros créditos y obligaciones garantizados con hipoteca. En principio la literalidad del nuevo artículo 21.3 LH nos puede hacer pensar que la voluntad del legislador fue clara, puesto que así lo estableció de forma expresa cuando pudo haber utilizado la palabra «créditos». Sin embargo, una interpretación teleológica, sabiendo que la voluntad del legislador era proteger la vivienda habitual, nos lleva a concluir lo contrario<sup>(7)</sup>. Con mayor fuerza,

---

(7) En este sentido, haciendo hincapié en la finalidad e interpretación teleológica del artículo, se manifiesta la RDGRN 19 diciembre 2013: «Lo esencial de tales medidas tuitivas en dicho ámbito viene definido por el objeto sobre el que se proyectan, la vivienda habitual del deudor, y no tanto por la naturaleza y modalidad del contrato fuente de las obligaciones garantizadas, cuyo eventual incumplimiento desencadena la ejecución, de cuyas consecuencias para el ejecutado constituyen paliativo tales medidas [...]. Todo lo dicho conduce a considerar que, conforme al sentido teleológico

una interpretación sistemática y analógica conduce a la misma interpretación: no puede olvidarse que el artículo 114.3 LH que limita los intereses moratorios cuando se trate de inmueble residencial (incluyendo la vivienda habitual), se refiere a los créditos y no solo a los préstamos; en el mismo sentido, el artículo 129.2.c) LH exige la constancia del carácter de vivienda habitual para el procedimiento de ejecución extra judicial de hipotecas que garanticen cualquier obligación de cuantía inicialmente determinada, con los límites del artículo 114 LH, y por último la suspensión de los lanzamientos derivados de un procedimiento de ejecución hipotecaria no distingue si la hipoteca aseguraba un préstamo o un crédito; es la vivienda habitual la que debe protegerse con independencia del origen de la hipoteca<sup>(8)</sup>.

2. *¿Puede exigirse la constancia de vivienda habitual cuando se trate de una persona jurídica?*

Nada dice la ley al respecto. Sin embargo, y de nuevo acudiendo a una interpretación teleológica, no parece admisible ni razonable que esta constancia sea necesaria cuando el inmueble pertenece a una persona jurídica, pues carece de vivienda habitual, de lugar de residencia permanente donde desarrollarse como persona. Y no podemos olvidar que ese es el especial objeto de protección de esta norma. Además, el origen de este precepto es la Ley 1/2013 de protección de los deudores hipotecarios y en esta ley se especifica de forma clara en varios aspectos que solo se aplicará al deudor hipotecario persona física. En concreto, es lo que se recoge en los artículos 1-3-d) y 6-2 de la Ley 1/2013 que exigen el carácter de persona física del prestatario o deudor para la suspensión del lanzamiento y para fortalecer su posición respecto de las cláusulas suelo respectivamente. Luego, creemos que esa es la interpretación correcta que debe darse a este precepto: solo es aplicable a los préstamos o créditos hipotecarios cuando el deudor sea una persona física. Podemos plantearnos el caso de que el deudor hipotecario sea una sociedad patrimonial u otra forma societaria, mediante la que se adquiere el inmueble hipotecado para ser la vivienda habitual del administrador o socio, persona física. Creemos que, en este caso, el haber elegido la forma societaria, probablemente con finalidad fiscal ventajosa, impide que puedan aplicarse las ventajas que la ley otorga al deudor persona física cuando hipoteca su vivienda

---

de la norma, no podrá inscribirse ninguna hipoteca constituida por persona física que grave una vivienda sin que se realice una manifestación expresa acerca del carácter o no de vivienda habitual de la finca gravada que exige el artículo 21.3 LH».

(8) VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A. (2013), p. 2.



habitual. Deberá prevalecer el carácter de persona jurídica del deudor, y no podrá «utilizar» a su favor este precepto, pues escogió una forma jurídica distinta para una adquisición más conveniente.

3. *¿Quién debe hacer constar el carácter de vivienda habitual en la escritura de crédito hipotecario?*

La constancia en la escritura pública de hipoteca del carácter habitual deberá hacerse por el hipotecante, propietario de la vivienda, sea deudor o no, pues es su vivienda la que se está protegiendo, y este requisito, como luego veremos, no se asocia necesariamente a que el destino del crédito garantizado sea la adquisición de la vivienda habitual, pues sea cual sea este destino, las especialidades de la ejecución se aplican siempre que el objeto que se ofrece en garantía sea una vivienda habitual<sup>(9)</sup>.

También cabe que tal manifestación la haga el deudor no hipotecante y el fiador, siempre de forma unilateral sin necesidad del consentimiento del acreedor, y por supuesto, deberá constar el consentimiento del cónyuge, cuando así fuera necesario, debido a lo establecido en el artículo 1320 CC.

Cuestión distinta, como luego veremos, es quién debe alegar en el momento de la ejecución el carácter de vivienda habitual.

4. *¿Cómo debe practicarse en el Registro esa constancia?*

Consideramos que, una vez que conste en la escritura pública el carácter de vivienda habitual según el artículo 21.3 LH, ese carácter debe reflejarse en el Registro, y esto puede hacerse en el cuerpo de la inscripción o a través de nota marginal que, por su claridad y posibilidad de variación, es lo más conveniente<sup>(10)</sup>.

Considero, al igual que Delgado Ramos, la necesidad de que tal circunstancia conste en la publicidad formal solicitada sobre la finca, y aun incluso, cuando no se solicite este extremo específicamente, dada la trascendencia de ese dato, como ya hemos señalado. Por supuesto, si la nota simple informativa o la certificación registral la solicita un acreedor ejecutante, para iniciar la ejecución, considero que es imprescindible que se informe de esta circunstancia. Asimismo, y ya iniciado el procedimiento, entiendo que tal circunstancia debería constar en la nota de dominio y cargas, pues es

---

(9) No obstante, entendemos que sí debería limitarse a los créditos hipotecarios con esta finalidad, como explicamos más adelante.

(10) DELGADO RAMOS, J. (2014), *RDC*, pp, 187-188.

fundamental el conocimiento de tal carácter sobre todo en el procedimiento de ejecución. No puede olvidarse que «la presunción del carácter habitual de la finca gravada a efectos de ejecución hipotecaria deriva, en realidad, no de la constancia de dicho carácter en la escritura de constitución de hipoteca, sino en la correspondiente inscripción registral, y ello por aplicación del artículo 130 de la LH, según el cual la ejecución directa solo podrá basarse sobre aquellos extremos del título que se hayan recogido en la inscripción»<sup>(11)</sup>. Pero, además, creo que incluso debe incluirse «de oficio» tal información en cualquier otra solicitud consecuencia de la publicidad formal registral. Pues no solo en la ejecución es relevante tal carácter.

Un problema añadido es que el hecho de que el inmueble hipotecado sea la vivienda habitual implica que es el domicilio del deudor y este es un dato personal de especial protección por la LOPD, que impide su divulgación. Los registradores siempre han sido muy cautelosos a la hora de hacer constar que una finca es el domicilio de una persona, exigiendo siempre que se demuestre el interés legítimo del solicitante, cuando se trata de expedir una nota simple o una certificación, medios típicos de la publicidad formal. Pero, este aparente escollo se puede salvar si, como hemos dicho, es el propio titular de la vivienda habitual, del domicilio, quien manifiesta tal circunstancia y acepta su tratamiento, inserción en la escritura e inscripción registral a los efectos que ello implica, pudiendo entonces darle la publicidad material y también formal que se requiere.

##### 5. *¿Debe hacerse constar la finalidad del préstamo hipotecario?*

Aunque excede un poco de la estricta constancia del carácter de vivienda habitual, podemos plantear si, además, en la escritura de préstamo hipotecario –y por ende en el Registro– debe hacerse constar si el préstamo/crédito se solicitó para financiar la adquisición de la vivienda; es decir, la finalidad del préstamo/crédito hipotecario.

El artículo 114.3 LH, en su redacción original, al regular los intereses máximos de demora para el préstamo hipotecario sobre vivienda habitual, contemplaba un matiz interesante, ya que afirmaba que esa limitación de intereses se producía cuando la finalidad del préstamo/crédito hipotecario fuera precisamente adquirir la vivienda habitual. ¿Era necesario, por tanto, también hacer constar tal finalidad? Entendemos que sí. Era conveniente y necesario hacerlo constar, pues era lo que la letra de la ley establecía, y creemos que debía interpretarse de forma restrictiva para este tipo de préstamos/créditos porque así quiso establecerlo específicamente

---

(11) VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A. (2013), p. 4.



el legislador, al ser una excepción. Puede entenderse, como lo hace Domínguez Luengo<sup>(12)</sup>, que la necesidad de hacer constar la finalidad del préstamo –o crédito hipotecario– es porque parece merecer mayor protección aquel que solicita el préstamo para adquirir su propia vivienda; entroncando esta idea con la finalidad del inmueble, razón de ser de todo su régimen especial. Esa manifestación debería hacerse, igualmente, en el momento de constitución de la hipoteca, en la escritura pública, preferiblemente de forma expresa y debería también hacerse constar en el Registro.

No obstante, la modificación del artículo 114.3 LH, como consecuencia de la publicación de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI) de 2019 (art. 25), eliminó la referencia a la finalidad del préstamo/crédito hipotecario para adquirir la vivienda habitual, limitándose a establecer un tipo imperativo de intereses de demora para todos los préstamos garantizados con hipoteca sobre inmueble residencial<sup>(13)</sup>. De este modo, parece que ahora es irrelevante la finalidad del préstamo o crédito<sup>(14)</sup>, siendo lo único importante que la hipoteca recaiga sobre un inmueble de uso residencial. No compartimos los cambios introducidos por esta reforma, pues entendemos que la especial protección del deudor hipotecario viene determinada por el objeto sobre el que recae la hipoteca: la vivienda habitual, sin que deba extenderse a cualquier inmueble hipotecado. Y no nos parece mal que se hubiera mantenido la necesidad de la finalidad del crédito hipotecario, pues casa mejor con la protección de la vivienda habitual.

6. *¿Si no consta en la escritura el carácter habitual de la vivienda, debería ser un defecto que impide la inscripción?*

La ley establece una obligación: la de hacer constar, o no, el carácter de vivienda habitual en los préstamos que recaen sobre ella. De esta forma, el Registrador no puede desconocer el mandato legal, y si en la escritura pública no apareciera, después de calificar el documento, debería rechazar la inscripción, porque esa circunstancia debe hacerse constar en el folio de la finca, como ya hemos dicho, ya que determina un régimen especial en

(12) DOMÍNGUEZ LUENGO, A. (2018), p. 332.

(13) Artículo 114.3 LH, tras la modificación producida por la LCCI 5/ 2019, de 15 de marzo: «En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. El interés de demora solo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá ser capitalizado en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este párrafo no admitirán pacto en contrario»..

(14) Véase SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019), p. 304.



cuanto a la calificación de la escritura hipotecaria presentada (el límite de intereses moratorios, el del vencimiento anticipado, la no inserción de cláusulas suelo), como de las vicisitudes del procedimiento de ejecución hipotecaria e incluso del propio procedimiento extra judicial (art. 129 LH).

La manifestación del carácter de vivienda habitual en la escritura se constituye en una presunción *iuris tantum* que beneficia al deudor hipotecario, que debe conocerse y, por tanto, es necesaria su manifestación y posterior constancia registral. Si no constara dicha manifestación en la escritura, la calificación del Registrador respecto de diferentes cláusulas sería distinta, y no podría inscribirse por ejemplo la cláusula de ejecución extra judicial.

## 2.2 Problemas derivados de la constancia del carácter habitual de vivienda hipotecada en el procedimiento «especial» de ejecución hipotecaria

Como ya hemos puesto de relieve, el legislador contempló la necesidad de hacer constar el carácter habitual de vivienda en la escritura de préstamo hipotecario y en el Registro, sobre todo, de cara a la posible ejecución de la garantía real. Esto es así, porque las especialidades del procedimiento de ejecución hipotecario sobre vivienda habitual son tantas que podemos llegar a configurarlo como un procedimiento de ejecución diferente, distinto al de los bienes hipotecados en general.

De ahí que esa constancia registral sea clave en muchos momentos del procedimiento de ejecución, pues determina la aplicación de reglas especiales al mismo. No olvidemos lo ya apuntado con anterioridad de que debe seguirse la ejecución conforme a los datos contenidos en los asientos registrales, y si en ellos consta que se trata de la vivienda habitual, deberán seguirse normas especiales.

Analizamos, a continuación, las cuestiones debatidas sobre la constancia de vivienda habitual y el procedimiento de ejecución.

### 1. ¿Quién debe alegar el carácter de vivienda habitual en el procedimiento de ejecución?

Corresponderá al propio acreedor ejecutante hacer constar en su demanda que el inmueble que se va a ejecutar se trata de la vivienda habitual del deudor hipotecario –así como su condición de gran tenedor– (art. 685.2 LEC). El acreedor tiene conocimiento de este extremo, precisamente, por la constancia notarial y registral de tal carácter.

En cualquier caso, creemos que, si el carácter de vivienda habitual consta en el Registro, este extremo debería aparecer en la certificación de dominio y cargas que expida el Registrador, como ya dijimos. De este modo, se conocerá de forma automática.

Pero, aun y todo, si el acreedor no lo hiciera constar en la demanda, o si no apareciera reflejado ni en la escritura ni en el Registro, entendemos que será el deudor hipotecario quien tenga que alegar tal carácter. No olvidemos que él es el principal beneficiario de esta circunstancia, pues va a determinar que se siga un procedimiento de ejecución con tantas peculiaridades y ventajas, que lo van a configurar como especial o distinto al de cualquier otra finca que no sea vivienda habitual.

2. *¿Cuándo debe alegarse el carácter de vivienda habitual en el procedimiento de ejecución hipotecaria?*

Cuando se inicie una ejecución hipotecaria. En ese momento debe conocerse que la finca que va a salir a subasta es la vivienda habitual; es el momento relevante en que tal condición debe acreditarse, pues va a determinar el especial régimen de realización al que se somete.

Varios son los momentos en los que se puede confirmar tal extremo<sup>(15)</sup>: primero, al inicio de la ejecución, se presume que sigue siendo la vivienda habitual, cuando así se hizo constar en la escritura y en la inscripción (art. 23.1 LH). Aunque puede desvirtuarse por el acreedor, y por eso, siempre es mejor que el acreedor ejecutante, en la interposición de la demanda lo asevere o lo niegue. Igualmente, en el despacho de ejecución es conveniente que el órgano judicial diga que se trata de la ejecución de una vivienda habitual para que no quede duda. Si no se dijera nada, y se despachara ejecución como si fuera una finca normal, el hipotecante ejecutado, podría incluso formular oposición alegando esta circunstancia, aunque no sea en sí misma un motivo de oposición formal y, por supuesto, corresponderá al Registrador en la certificación de dominio y cargas hacer constar tal carácter cuando esté en el Registro.

3. *¿Cabe prueba en contrario de la presunción de vivienda habitual que establece el 21.3 LH?*

El artículo 21.3LH establece una presunción *iuris tantum* de que el inmueble hipotecado es la vivienda habitual del deudor hipotecario,

---

(15) Seguimos en este sentido a DELGADO RAMOS, J. (2014), pp. 196-199.



cuando así se manifiesta en la escritura. Como toda presunción *iuris tantum*, admite prueba en contrario, ya que este carácter puede variar en el tiempo. De este modo, y si las cosas transcurren normalmente, se presumirá que la hipoteca conserva tal carácter hasta el momento de su ejecución (recordemos que la presunción se deriva realmente del asiento registral que lo recoja). Si bien, puede ser necesario probar que el inmueble ejecutado ya no es vivienda habitual en el momento de la ejecución. Este es un concepto flexible y cambiante, no fijo, sino que puede variar en el tiempo<sup>(16)</sup>, pues nada impide que lo que en un inicio era vivienda habitual, deje de serlo posteriormente al trasladarse a vivir a otro inmueble, o porque hubo un error en la declaración.

Y viceversa, puede ocurrir que la vivienda sobre la que recaía la hipoteca no fuera –y así constara– vivienda habitual en el momento de la constitución, pero que después se haya convertido en la habitual. Por ejemplo, si se trataba de una vivienda en construcción o se produce una mudanza posterior tras un periodo de precario. En estos casos, deberá de aportarse al Juez o Notario ejecutantes algún tipo de prueba de que ahora es la efectiva vivienda habitual, no bastando una mera declaración en tal sentido.

Este cambio del carácter de vivienda habitual de la finca puede hacerse constar en una escritura de novación o en una escritura de transmisión de finca otorgada por las partes mediante la que el nuevo adquirente de la finca y el transmitente así lo acuerdan, o en una escritura de subrogación hipotecaria. En estos casos, también habrá que dejar constancia registral del cambio para que, después, en la certificación de dominio y cargas, conste la realidad de la finca.

El carácter habitual o no de la vivienda por las extraordinarias consecuencias que conlleva debe «venir referido a la situación real y efectiva del inmueble en el momento de sustanciarse el procedimiento, con independencia de la declaración que se hubiera podido efectuar en la escritura de constitución de hipoteca»<sup>(17)</sup>.

Corresponderá en este caso la carga de la prueba a quien pretenda desvirtuar tal presunción. De lo que no queda duda, es de que la vivienda debe ser habitual al tiempo de la ejecución – ese es el momento para valorar definitivamente si es o no la vivienda habitual, como ya hemos indicado–, y que la presunción de vivienda habitual deriva realmente de la ins-

---

(16) En este sentido lo manifiestan: MORENO TRAPIELLA, P. (2015), *Diario La Ley*, p. 2; FONT DE MORA RULLÁN, J. (2020), p. 12. Y también la AP Barcelona de 5 noviembre 2015, que incide en el carácter variable del concepto de vivienda habitual: «No consta que la vivienda hipotecada sea la habitual de alguno de los deudores, pero, además, que la condición de vivienda habitual puede ser cambiante en el tiempo, y a lo que debe estarse es a su condición real en el momento de la ejecución».

(17) FONT DE MORA RULLÁN, J. (2020), p. 12.

cripción registral, como consecuencia del artículo 130 LH, en el que se establece que se despachará ejecución hipotecaria sobre la base de los extremos contenidos en el título inscrito en el asiento respectivo<sup>(18)</sup>.

### 3. CONSECUENCIAS DE LA CONSTANCIA REGISTRAL DEL CARÁCTER DE VIVIENDA HABITUAL EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Realizada la manifestación del carácter de vivienda habitual y su constancia registral, una vez constatado este (o presumido tal carácter) en el inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, la ejecución debe seguir, consecuentemente, el «proceso especial» derivado del particular bien ejecutado.

En efecto, la constancia de que el bien ejecutado es una vivienda habitual tiene como consecuencia una serie de peculiaridades en el procedimiento de ejecución hipotecaria que nos llevan a plantearnos si realmente nos encontramos ante un procedimiento distinto en virtud del objeto ejecutado: la vivienda habitual.

Comentamos a continuación, y de una forma somera, las principales especialidades en la ejecución de la vivienda habitual:

#### 3.1 **Antes de la subasta: Vencimiento anticipado y posibilidad de liberación del bien (693 LEC)**

Como ya se ha comentado antes, cuando el inmueble ejecutado sea la vivienda habitual del deudor hipotecante, solo podrá darse por vencido anticipadamente el préstamo garantizado según lo establecido en el artículo 24 LCCI. Pero, además, el mismo artículo 693 LEC ofrece al deudor hipotecante de vivienda habitual la posibilidad de liberar el bien ejecutado. No se trata de liberarlo de la hipoteca, pues esta permanece, sino de poder pagar las cuotas vencidas impagadas hasta el momento, consignándolas, y paralizar, de este modo, el procedimiento de ejecución. Como dice Delgado Ramos, probablemente también permite eliminar la posibilidad del vencimiento anticipado. Una oportunidad extraordinaria que se ofrece al deudor para tratar de evitar *in extremis* la ejecución y pérdida de la vivienda y sin necesidad del consentimiento del acreedor (que sí se exige cuando no sea la vivienda habitual). También se permiten liberaciones ulteriores,

---

(18) DOMÍNGUEZ LUENGO, A. (2018), p. 326.

siempre que entre ellas medien al menos tres años. Se facilita, por tanto, el pago de la deuda una y otra vez al deudor, a fin de que paralice la ejecución y no pierda su vivienda. Cabe, igualmente, que se produzca la liberación del bien cuando el pago lo haga un tercero<sup>(19)</sup>.

### 3.2 Subasta de bienes inmuebles (art. 655 bis LEC)

La Ley 12/2023, de 24 mayo, por el Derecho a la Vivienda introdujo el nuevo artículo 655 bis en la LEC, en los procedimientos de apremio, especialmente dirigido a la subasta de bienes inmuebles que sean la vivienda habitual del deudor. En este caso, si el ejecutante es una empresa o gran tenedor deberá acreditar la situación de vulnerabilidad del deudor ejecutado. Y si se dieran estas circunstancias (vivienda habitual, acreedor gran tenedor y deudor vulnerable), no se iniciará la vía de apremio si no se acredita que la parte actora se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas.

Se impide, por tanto, iniciar la vía apremio a ejecuciones ordinarias; ¿afecta este precepto a las ejecuciones hipotecarias? Entendemos que sí, porque la subasta de bienes hipotecados se remite expresamente a los preceptos generales de la LEC sobre subasta de bienes inmuebles y siempre y cuando sea una ejecución que ya se ha iniciado antes de ley, pero que todavía no ha entrado en fase de apremio (Disposición transitoria sexta LEC). Si la demanda de ejecución se planteó después, una vez en vigor esta norma, también se seguirá la ejecución conforme a estos requisitos.

No obstante, la sentencia del Tribunal Constitucional 26/2025, de 29 de enero de 2025, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad 5514-2023, sobre la Ley por el Derecho a la Vivienda, ha declarado nulo este artículo 655 bis, dejando sin efecto lo que en él se establecía. Por lo tanto, ahora no será necesario acreditar dicha vulnerabilidad.

### 3.3 Adjudicación en la subasta al acreedor ejecutante (antiguo art. 671 LEC)

Como acabamos de decir, la subasta de la vivienda habitual se rige por las normas generales de las subastas de bienes inmuebles (art. 669-681

---

(19) MORENO TRAPIELLA, P. (2015), p. 14: «Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante».

LEC)<sup>(20)</sup>; por tanto, el régimen de las posturas necesarias para una adjudicación es el mismo que para todos los inmuebles. Sin embargo, tal y como establecía el anterior artículo 671 LEC, antes de la reforma por la LO 1/2025, cuando no existían postores, la subasta quedaba desierta y se producía la obligatoria adjudicación del bien hipotecado al acreedor ejecutante, si ese bien era la vivienda habitual, cambiaban las normas<sup>(21)</sup>. En este caso, la adjudicación se hacía por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o, si la cantidad que se le debía por todos los conceptos era inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien (art. 671 LEC)<sup>(22)</sup>.

Esta medida, claramente, se hace para minimizar el perjuicio que la ejecución supone para el deudor hipotecante. Aunque pierde su vivienda, que pasa a ser propiedad del acreedor ejecutante, al menos ve disminuida su deuda con aquel en el caso de que el valor de la propia vivienda no llegue a cubrir esta. Como consecuencia del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911CC), si la vivienda no cubre la deuda total, el deudor sigue respondiendo de aquella parte no satisfecha con todos sus bienes presentes y o futuros (art. 579 LEC). Con esta medida, al menos, se disminuye la cuantía de la deuda subsistente, al aumentar, por ley, el valor obligatorio de adjudicación. Es decir, se pierde la vivienda habitual, pero se actúa sobre la responsabilidad patrimonial del deudor, disminuyéndola y ampliando la hipotecaria del inmueble.

### 3.4 Precio obtenido en subasta y pago del remate (672, 654 y 579.2 LEC)

Celebrada la subasta, el precio de remate obtenido en ella se destinará, según establece el artículo 672 LEC para la subasta de bienes inmuebles, conforme a las normas generales de la subasta del artículo 654 LEC. No reviste especialidad alguna el destino del precio de remate obtenido por una vivienda habitual con respecto a otro inmueble, salvo lo dispuesto en el artículo 579.2 LEC. Cuando dicho precio de remate fuera insuficiente para saldar la deuda con el acreedor, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte y contra quienes pro-

(20) La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, modifica el artículo 670 LEC, modifica el artículo 670LEC, eliminando la posibilidad de que el acreedor ejecutante mejore postura, y elevando los porcentajes de las pujas.

(21) Hay que tener en cuenta que la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, ha modificado este artículo 671LEC, y en aras de fomentar la participación en la subasta, se procederá al alzamiento del embargo cuando no hay postores en la subasta.

(22) Sobre el 671 LEC, véase el análisis que hace JUAN GÓMEZ, M. C. (2018), *AC*, pp. 1-13.

ceda y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias de toda ejecución (art. 579 LEC). Pero, si el bien ejecutado fuera la vivienda habitual, si su importe no fuera suficiente para cubrir la deuda, continuará la ejecución conforme a lo que se acaba de exponer, pero, el ejecutado quedará liberado si en el plazo de 5 años queda cubierta su responsabilidad por el 65 % de la cantidad total que quedara pendiente, o si satisface el 80 % en un plazo de 10 años. De igual forma, si el remate se hubiese aprobado en favor del acreedor ejecutante, y este procediera en el plazo de 10 años a vender la vivienda habitual, la deuda remanente se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta (art. 579.2 LEC).

Dos excepciones dirigidas a disminuir la deuda pendiente del deudor hipotecante, cuando ha perdido su vivienda. Con ellas, se le facilita el saneamiento de su pasivo, disminuyéndolo<sup>(23)</sup>. Se trata de una excepcional disminución de deuda; se matiza el principio de responsabilidad patrimonial del deudor, aligerándolo<sup>(24)</sup>. Es, en definitiva y como dice Delgado Ramos, un privilegio legal que «solo viene motivado por la mala conciencia que le queda al legislador y el deseo de tranquilizarla intentando paliar en parte la tremenda desgracia que supone al deudor haber perdido su vivienda habitual en la ejecución hipotecaria por adjudicación al acreedor»<sup>(25)</sup>.

### 3.5 Liquidación de costas (575.1 bis LEC)

La Ley 1/2013 introdujo también un nuevo párrafo en el artículo 575 LEC, para protección del deudor hipotecario. En concreto, cuando se trate de la ejecución de la vivienda habitual, «las costas exigibles al deudor ejecutado no podrán superar el 5 por cien de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva».

---

(23) Fue una de las medidas pioneras en lo que se ha venido a llamar la segunda oportunidad para el deudor hipotecario, o *fresh start*, o, en palabras de MORENO TRAPIELLA, «un tímido *earned discharge*», para favorecer el comienzo del deudor hipotecario de buena fe. Cita este autor a TENA ARREGUI, R. (2011), que ya avanzó la necesidad en ese momento de iniciar el proceso de «segunda oportunidad».

(24) Si bien, la limitación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor al bien dado en garantía es una de las propuestas que hace la Asociación de profesores de Derecho civil, en su propuesta de Código Civil, en el Artículo 519-1. «Responsabilidad patrimonial universal.

1. Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros, con las limitaciones establecidas en las leyes.

2. «Es válido el pacto por el que la responsabilidad queda limitada al valor de los bienes dados en garantía».

(25) DELGADO RAMOS, J. (2014), p. 206.



De nuevo se pretende aliviar la difícil situación del deudor que pierde su casa, reduciendo las costas procesales que está obligado a desembolsar. Esta medida, como las dos anteriores, alivia la ya de por sí débil economía del deudor hipotecante que pierde su vivienda habitual, pues le facilita la recuperación económica, pero no defienden la retención y defensa de la vivienda habitual.

### 3.6 Suspensión del lanzamiento (art. 1 Ley 1/2013 y sucesivas reformas)

Otra de las medidas que alteran la ejecución hipotecaria de vivienda habitual fue la introducida en el art.1 Ley 1/2013 de protección de deudores hipotecarios: se impedía el lanzamiento de la vivienda habitual cuando esta se adjudicase al acreedor hipotecario, y se tratara de personas vulnerables.

Este artículo se aprobó en un momento en que, debido a la crisis económica que vivimos, se habían producido situaciones de verdadera necesidad como consecuencia de los procedimientos de ejecución hipotecaria, dejando en la calle a familias con escasos recursos económicos. La medida, adecuada en ese momento, sin embargo, se ha visto ampliada, prácticamente *sine die* por las sucesivas reformas legales, lo que incide directamente en la efectividad de la hipoteca, pues al no producirse el lanzamiento del deudor, dificulta la venta del inmueble y, en consecuencia, la satisfacción total del crédito del ejecutante.

La Ley 1/2013 estableció una suspensión de lanzamientos para estas personas vulnerables, en principio, de dos años; inmersos en las consecuencias de la crisis financiera del momento, esta suspensión se prorrogó a su vez por la Ley 25/2015 de 28 de julio, que amplió esta moratoria 2 años más, a 4 años (hasta 2017), y volvió a ampliarse a 7 años (2020) por el Decreto-Ley 5/2017, añadiendo además que el ejecutado pudiera optar por un alquiler en base al CPB.

Así las cosas, y cuando ya debía terminar la suspensión de los lanzamientos, se presenta la nueva crisis sanitaria –y por ende económica– del coronavirus. El RD Ley 6/2020, de 10 de marzo, justo antes de que se decretara el Estado de alarma, en su artículo 2, vuelve a prorrogar esta moratoria 4 años más, hasta 11 años desde el inicio de la misma (2024). El reciente Real Decreto-ley 1/2024, de 14 de mayo, prorroga, de nuevo, la protección a colectivos vulnerables en ejecuciones hipotecarias hasta el 15 mayo de 2028, modificando el artículo 1.1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo. Por lo tanto, la inicial suspensión de lanzamientos por dos años, que se preveía como una medida transitoria de salida de la crisis de 2008,

parece que ha llegado para quedarse, siendo ya un aplazamiento de 15 años. Si bien, es cierto que las personas que pueden beneficiarse de estos aplazamientos son pocas, por las exigentes condiciones que establece la ley para solicitarlo.

### 3.7 Recapitulación

Las especialidades del procedimiento de ejecución hipotecaria para la vivienda habitual que se acaban de mencionar son tan importantes que conforman por sí mismas un proceso especial. Es decir, afectan de tal manera al procedimiento de ejecución de bienes hipotecados que casi podríamos decir que se trata de un procedimiento especial distinto a este. Esa especialidad viene determinada por el particular bien ejecutado: la vivienda habitual. Por eso, como defiende Domínguez Luelmo<sup>(26)</sup>, creemos que estas peculiaridades procedimentales deberían aplicarse a todo procedimiento de ejecución que tuviera como objeto la vivienda habitual. Sea ordinario o hipotecario, judicial o extrajudicial y, así beneficiarse de ellas cualquier deudor hipotecante que ofrezca como garantía su vivienda. De este modo, además de favorecerse al deudor y su derecho habitacional, se evitaría la picaresca, o fraude de ley –en palabras de Castilla Barea<sup>(27)</sup>–, que se puede producir ante la posibilidad de elección de procedimiento. En efecto, el acreedor hipotecario tiene la facultad de elegir el procedimiento de ejecución que quiere llevar a cabo. Puede optar por la ejecución ordinaria frente a la hipotecaria, precisamente para evitar los beneficios que la última ofrece al deudor y las limitaciones que supone para el acreedor; ya que con ellas puede ver mermada su facultad de realización del bien.

Y todo ello, no nos olvidemos, solo será posible cuando en el Registro quede constancia del carácter de vivienda habitual de la finca ejecutada,

---

(26) DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2018), p. 333.

(27) Castilla Barea, Margarita (2018), Facultad del acreedor de elegir procedimiento ejecutivo en caso de hipoteca sobre la vivienda habitual del deudor: ¿Una libertad absoluta o condicionada?, *Revista de Derecho Civil*, Madrid, vol. 5, núm. 2, pp. 81-105. Esta autora expone que el acreedor hipotecario puede utilizar hasta cinco procedimientos distintivos: el declarativo ordinario, el ejecutivo ordinario, el hipotecario, el monitorio y el extrajudicial si así se pactó, y que, por lo tanto, el acreedor puede decidir por cuál de ellos realizar la finca hipotecada. Ante las trabas, o limitaciones que supone la ejecución hipotecaria para el acreedor, por los beneficios que otorga al deudor, puede preferir utilizar la ejecución ordinaria, planteándose si esto puede suponer incluso un fraude de ley o incluso un abuso de derecho. La autora cree que sí y argumenta el porqué de sus consideraciones, y aboga por la necesidad de que se fuerce al acreedor a elegir el procedimiento de ejecución hipotecaria, para evitarlo. Creemos que mejor sería, como hemos dicho arriba, extender los beneficios de la ejecución hipotecaria también a la ordinaria, porque lo relevante es el objeto, la vivienda habitual, en vez de forzar la elección.

pues solo así puede ser efectivamente conocida por todos tal circunstancia y de ella se desprende la presunción efectiva de que lo es, aplicándose, en consecuencia, todas las especialidades que aquí se han puesto de manifiesto.

## BIBLIOGRAFÍA

- DELGADO RAMOS, J., «Especialidades en la constitución y ejecución de hipoteca Sobre la vivienda habitual tras la ley 1/2013», *Revista de Derecho Civil*, vol.1, núm. 2, 2014, pp. 183-220, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> Ensayos.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Especialidad de la vivienda habitual como objeto de hipoteca», en AA. VV., *Vivienda e hipoteca*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 241-334.
- FONT DE MORA RULLÁN, J., «Nuevo concepto de inmueble de uso residencial y su relación con la vivienda habitual, Graduación en la protección sustantiva y procesal atendiendo al tipo de inmueble», en *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario*, edición núm. 1, La Ley, Madrid, 2020, pp. 1-32.
- GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M., «Oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar», *RCDI*, núm. 737, mayo-junio, 2013, pp. 1893-1912.
- «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad», *RCDI*, núm. 710, noviembre-diciembre, 2008, pp. 2518-2525.
- JUAN GÓMEZ, M. C., «Ejecución hipotecaria, adjudicación y posesión del bien hipotecado. Crónica de una técnica legislativa distraída», *Actualidad Civil*, núm. 9, 2019, pp. 1-13.
- LORIENTE ROJO, M. A., «La vivienda habitual y el registro de la propiedad», disponible en <https://www.legaltoday.com/destacado/opinion-destacado/la-vivienda-habitual-y-el-registro-de-la-propiedad-2024-04-24>.
- MORENO TRAPIELLA, P., «Estatuto jurídico de la vivienda habitual. Especialidades procedimentales en la ejecución sobre la vivienda habitual tras la Ley 1/2013», *Diario La Ley*, núm. 8475, Sección Doctrina, 6 de febrero de 2015, pp. 2-28.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- TENA ARREGUI, R., «Las medidas del Gobierno en materia hipotecaria. No es eso, no es (solo) eso...», 2011, disponible en <http://hayderecho.com/2011/07/04/las-medidas-del-gobierno-en-materia-hipotecaria-no-es-eso-no-es-solo-eso%E2%80%A6>.
- VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., «La constancia del carácter habitual o no de la vivienda que se hipoteca», en <https://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2013-Comentario%20al%20art%2021-3,%20Vale-ro,%20A.pdf>, 2013, pp. 1-4.



IX

VIVIENDA Y SUCESIÓN «MORTIS CAUSA».  
ESPECIALIDADES DE RÉGIMEN

## A. Disposición «mortis causa» de la vivienda habitual en propiedad

Clara Gago Simarro \*

*Profesora Permanente Laboral de Derecho Civil,  
Universidad de Oviedo*

**Resumen:** *La especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa a la vivienda familiar no se extiende tras el fallecimiento de uno de los cónyuges; momento en el que según doctrina jurisprudencial la vivienda pierde el carácter familiar. Habida cuenta de la falta de una norma específica que permita al cónyuge viudo continuar residiendo en el domicilio conyugal –similar al artículo 96 CC– conviene analizar distintas vías que logren dicho objetivo, tanto en el ámbito familiar como sucesorio.*

**Palabras clave:** *Vivienda familiar, fallecimiento, cónyuge viudo, derechos mortis causa.*

**Abstract:** *The special protection that the legal system grants to the family home does not extend after the death of one of the spouses; moment in which according to jurisprudential doctrine the home loses its family character. In*

---

\* El trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación I+D+i «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. IP: Matilde CUENA CASAS (PID 2021-124953NB-I00).

*view of the lack of a specific rule that allows the widowed spouse to continue residing in the marital home –similar to artículo 96 CC– it is convenient to analyze different ways to achieve this objective, both in the family and inheritance spheres.*

**Keywords:** *Family dwelling, death, widowed spouse, mortis causa rights.*

**Sumario:** 1. Disposición *mortis causa* de la vivienda familiar. 1.1 Vivienda familiar ganancial. 1.2 Vivienda familiar exclusiva del cónyuge fallecido. 2. Bibliografía.

## 1. DISPOSICIÓN *MORTIS CAUSA* DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La consideración de la vivienda como un patrimonio puesto al servicio de la familia le hace tributaria de una especial protección con independencia de quién sea su titular. Ello no solo es consecuencia de la función social que acomete para el cumplimiento del mandato constitucional recogido en el artículo 39 CE<sup>(1)</sup>, sino también por la importancia que dicho inmueble tiene para el desarrollo y la protección de la familia.

En efecto, la vivienda familiar es objeto de una especial regulación en nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de garantizar y proteger los intereses de la familia. Es por ello por lo que los artículos 96 y 1320 del Código Civil restringen la posibilidad de disposición de la vivienda familiar de manera unilateral por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, tanto durante la vigencia del matrimonio como tras la crisis matrimonial<sup>(2)</sup>.

---

(1) Así lo recoge Cuenca Casas: «el fundamento de la normativa específica en materia de vivienda familiar en el ámbito de los regímenes económico-matrimoniales radica en la necesidad de salvaguardar la vivienda que constituye el alojamiento de la familia de la arbitrariedad del otro cónyuge que, ostentando la titularidad de la misma, disponga de ella a favor de terceros. Una medida, pues, consecuencia del principio de protección de la familia consagrado en el artículo 39 CE» (CUENCA CASAS, M., 2012, pp. 296-297). En opinión de MINGORANCE GARCÍA «los derechos de uso o de atribución de uso de la vivienda familiar, responden a un doble principio constitucional. Un principio de carácter general, el derecho a la vivienda, proclamado por el artículo 47 CE. Y otro principio más específico, el derecho a la protección de la familia, proclamado por el artículo 39.12. Además, asegura en este contexto de la protección familiar *la protección integral de los hijos* (art. 39.2 CE)» (MINGORANCE GARCÍA, C., AJI, núm. 19, 2023, p. 603).

(2) Como indica la STS de 8 de octubre de 2010 «la jurisprudencia ha interpretado el artículo 1320 CC como una norma de protección de la vivienda familiar». En relación con el citado precepto, la STSJ de Cataluña de 26 de septiembre de 2013 destaca que «el precedente de la reforma del Código Civil del año 1981 no lo hallamos en ningún antecedente del derecho

Por un lado, el artículo 1320 del Código Civil como norma de régimen matrimonial primario exige el consentimiento del otro cónyuge para que el propietario pueda celebrar actos dispositivos sobre la vivienda familiar siempre que comprometan su uso<sup>(3)</sup>, debiendo requerir, en su defecto, autorización judicial<sup>(4)</sup>. El necesario cumplimiento del requisito del consentimiento del otro cónyuge afecta a la validez del título, pues el artículo 1322 del Código Civil dispone que «cuando la Ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos»<sup>(5)</sup>. Por su parte, el artículo 96 del Código Civil regula el derecho de uso de la vivienda familiar acaecida la crisis matrimonial, permitiendo al cónyuge no propietario (o copropietario) continuar en la vivienda familiar en los casos en los que se le atribuye la guarda y custodia exclusiva de los hijos comunes menores o en situación de discapacidad, así como en aquellos casos en los que sus intere-

---

castellano, sino en la resolución (78) 37, sobre la igualdad de los cónyuges en el derecho civil, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 27 de septiembre de 1978, que aconsejaba a los gobiernos de los Estados miembros de asegurar o promover la igualdad de los cónyuges en derecho civil en lo que concierne, entre otras cuestiones, a tomar las medidas necesarias para garantizar una protección legal al cónyuge que vive o ha vivido en la vivienda familiar sin ser el propietario, el arrendatario o el titular de cualquier otro derecho que confiera el uso de la misma, cuando estos derechos pertenezcan o hayan pertenecido al otro cónyuge y puedan extinguirse o se hayan extinguido como consecuencia del comportamiento abusivo de éste, sin perjuicio de los derechos de terceros, que más tarde se convirtió en la Recomendación (81) 15, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 16 de octubre de 1981, así como en otras legislaciones de nuestro entorno tales como la ley inglesa, y los ordenamientos jurídicos noruego, danés y holandés entre los europeos, en todos los cuales se protegía de diversas formas el hogar o domicilio de la familia de las actuaciones de uno solo de los cónyuges que permitieran la desposesión de la misma».

(3) El artículo 1320 CC no se refiere expresamente a los actos dispositivos que comprometan el uso, como sí lo hacen los artículos 231.1-9 CCCat y 190.1 CDFA. No obstante, como pone de manifiesto la RDGRN 13 junio 2018 «atendiendo a la finalidad de la exigencia legal y a la terminología utilizada, es claro que se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la norma [...] en general, todos aquellos actos que impliquen sustraer al uso común los derechos sobre la vivienda familiar [...] Atendiendo a esa finalidad y a esa terminología, es igualmente claro que se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la norma la constitución de un usufructo o de un derecho de uso o habitación o la constitución de una hipoteca en garantía de una obligación ya que, en caso de incumplimiento, se puede producir la realización forzosa del inmueble».

(4) Como pone de manifiesto la STS de 8 de octubre de 2010, el consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda familiar como limitación al poder de disposición del otro cónyuge «constituye una medida de control, que se presenta como declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte, siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión».

(5) Sobre la sanción aplicable a los actos dispositivos realizados unilateralmente por el cónyuge titular, *Cfr.* FERNÁNDEZ CHACÓN, I., 2023, pp. 219-222.

ses son los más necesitado de protección –en caso de guarda y custodia compartida o en defecto de hijos menores o en situación de discapacidad–<sup>(6)</sup>.

No cabe duda de que la razón de ser que subyace a la limitación y de uso recogida en los artículos 96 y 1320 del Código Civil es consecuencia de la especial transcendencia que la vivienda desempeña en la dinámica familiar, lo que aconseja dotarla de reglas encaminadas a proveerla de un especial régimen de protección. Esta especial transcendencia de la vivienda familiar aconsejaría incluir también reglas de protección a favor del cónyuge viudo como consecuencia del fallecimiento del propietario o titular del inmueble.

Pese a lo expuesto, el Código Civil no contempla una norma similar al artículo 96 en caso de fallecimiento del cónyuge propietario o copropietario que legitime el uso *mortis causa* de la vivienda por el supérstite<sup>(7)</sup>, ni el Tribunal Supremo justifica la necesidad de dicha protección, pues parece defender que la vivienda pierde el carácter de familiar «al haber desaparecido la familia por fallecimiento» (STS 3 de junio de 2009).

Ahora bien, aunque no se regula una norma específica de protección de la vivienda familiar *mortis causa* –a semejanza del artículo 96 CC–, cabe aducir mecanismos que indirectamente logran dicha finalidad. Para ello, conviene diferenciar según la vivienda familiar tenga carácter ganancial, sea propiedad exclusiva del causante o concurra un contrato de arrendamiento.

---

(6) La resolución judicial o notarial que atribuye el derecho de uso sobre la vivienda familiar al cónyuge no propietario implica la mutación de la posición jurídica previa a la crisis matrimonial del cónyuge titular respecto a dicha vivienda en un doble sentido: a partir de ese instante queda desprovisto de la facultad de uso, al haberse atribuido a su (ex)pareja; y, además, según el tenor literal del artículo 96. III del Código Civil ve limitadas sus facultades de disposición. Sobre la disposición de la vivienda por el cónyuge durante la crisis matrimonial, *Cfr.* FERNÁNDEZ CHACÓN, I., y GAGO SIMARRO, C., *RCDI*, núm. 788, 2021, pp. 3369-3441.

(7) La única medida que contempla el Código Civil de protección de la vivienda por fallecimiento del cónyuge, dentro de las reglas del régimen matrimonial primario y, por tanto, aplicable cualquiera que fuese el régimen económico del matrimonio, es el derecho del cónyuge viudo a adjudicarse el ajuar familiar, sin computárselo en su haber: el derecho a recibir «las ropas, el mobiliario y los enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos», sin computárselo en su haber» (art. 1321 CC). Con la reforma del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, el derecho de predretación se incorpora como norma del régimen matrimonial primario a favor del cónyuge viudo como un derecho familiar que no se computará en su lote en la liquidación del régimen económico matrimonial (caso de que fuesen bienes comunes) ni en la cuota hereditaria de éste. En opinión de Villagrasa Alcaide, «la preocupación del legislador europeo por proteger la conservación del *hogar familiar* durante el matrimonio, también se prolonga, por tanto, en consideración al cónyuge viudo para el caso de disolución del matrimonio por causa de muerte». Así, pues, la *ratio* de la atribución del derecho de supervivencia al cónyuge viudo, cualquiera que haya sido el régimen que hasta la muerte de su consorte venía rigiendo las relaciones patrimoniales del matrimonio existente entre ellos, es garantizar la continuidad del hogar familiar, es decir, permitir que siga gozando, en lo posible del mismo ambiente familiar existente hasta el fallecimiento de su cónyuge premuerto (VILLAGRASA ALCAIDE, C., 2019, p. 10).



## 1.1 Vivienda familiar ganancial

La vivienda familiar común de ambos cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales goza de una norma específica de protección en sede de liquidación del régimen económico matrimonial que permite al cónyuge continuar en ella tras el fallecimiento de su pareja. En efecto, el artículo 1406 del Código Civil contempla un derecho de adjudicación preferente sobre la vivienda familiar con eficacia *post mortem*. Aunque el cónyuge viudo no podrá continuar en la vivienda familiar so pretexto de un derecho *ex lege* o por atribución *mortis causa* de un derecho de uso, en aquellos casos en los que la vivienda fuese familiar y, a su vez tuviese carácter ganancial, gozará de un derecho de adjudicación preferente sobre el referido inmueble al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Conforme con lo expuesto, el derecho de adjudicación preferente se admite sobre la vivienda que tenga el carácter de familiar. A este respecto, el Tribunal Supremo define la vivienda familiar como el «bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario» (STS 31 diciembre 1994) o; «el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc...) y protección de su intimidad, al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y la protección de éstos» (STS 16 diciembre 1996). De acuerdo con ello, para que un inmueble tenga el carácter de familiar es necesario la concurrencia de dos presupuestos: habitabilidad y habitualidad<sup>(8)</sup>.

La vivienda además del carácter familiar debe ser ganancial, tal y como explica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6.ª) de 2 de febrero de 2018 «es patente que para hacerlos valer será condición indispensable que los bienes sobre los que se ejercita tengan naturaleza ganancial, puesto que la normativa en cuestión opera en el marco de la liquidación de la sociedad de gananciales»<sup>(9)</sup>. Este requisito, no obstante, no

---

(8) Como señala Cuenca Casas «además de tratarse de un lugar habitable, debe ser el que constituye el lugar donde *habitualmente* se desarrolla la convivencia familiar [...] son las características específicas que presenta la vivienda familiar principal, morada de la familia, lugar donde tiene ubicado el domicilio conyugal, las que justifican que sea solo respecto de ésta donde se dé la necesidad de protección» (CUENCA CASAS, M., 2011, pp. 285-288). Asimismo, Gallardo Rodríguez conjuga ambos requisitos al declarar que la vivienda familiar es el lugar habitable –habitabilidad– donde se desarrolla la convivencia familiar –habitualidad– (GALLARDO RODRÍGUEZ, A., *La Ley*, 2020, p. 3).

(9) Asimismo, el artículo 125.3 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal dispone que «el cónyuge del concursado tendrá derecho a que la vivienda habitual del matrimonio que tuviere carácter ganancial o común se le incluya con preferencia en su haber hasta donde este alcance. Si excediera solo procederá la adjudicación si abonara al contado el exceso». El referido precepto posibilita que el cónyuge solicite al juez del concurso la disolución de la sociedad de gananciales en los casos en que en la masa activa se incluyan

significa que deba exceptuarse los supuestos en los que la vivienda es copropiedad de la sociedad de gananciales y del cónyuge supérstite, quién al poder atribuirse preferentemente la cuota ganancial podrá adquirir la totalidad de la propiedad de la vivienda<sup>(10)</sup>. Más problemático es el supuesto en el que la cuota privativa es titularidad del cónyuge fallecido y, ello, porque se les impondría a los herederos del causante la carga de soportar una comunidad de bienes con el cónyuge viudo, lo que además de poder general un grave perjuicio no querido por éstos resulta contrario a la regla de indivisión del artículo 1062 del Código Civil. La posible adjudicación preferente de la vivienda familiar copropiedad del fallecido y de la sociedad de gananciales fue rechazada por la Sentencia de 16 de marzo de 2007, si bien en el asunto de autos la vivienda familiar pertenecía en un 1,557% a la sociedad de gananciales al haberse pagado una sola cuota del préstamo hipotecario con dinero común. Y, es más, la razón aducida para rechazar la adjudicación de la vivienda familiar a la viuda no fue el escaso porcentaje de carácter ganancial, sino de índole procesal al ser «cuestión ajena al ámbito del presente recurso de casación en la medida en que las cuestiones relativas a la adjudicación de los bienes, previa la liquidación de la sociedad de gananciales, quedaron expresamente al margen de lo decidido en las instancias y en la Sentencia dictada en sede casacional que se dice contrariada, que estaba ceñida a la calificación de los bienes integrantes del caudal relicto». Aunque el Tribunal Supremo no entró en el fondo del asunto, en los casos en los que siendo la vivienda copropiedad del cónyuge fallecido y resultando la cuota ganancial ínfima debería rechazarse la aplicación del artículo 1406 del Código Civil, en cuanto derecho del cónyuge viudo de adjudicarse la propiedad de la vivienda familiar<sup>(11)</sup>.

Como último presupuesto para que pueda reconocerse el derecho de adjudicación preferente, el artículo 1406 del Código Civil requiere el fallecimiento de uno de los cónyuges con anterioridad a la liquidación del haber ganancial. En relación con este tercer presupuesto se cuestiona si el derecho de adjudicación preferente debe quedar limitado a los casos en los que la sociedad de gananciales se disuelve por fallecimiento o si, al contrario, debe estimarse siempre que al tiempo de la liquidación del régimen uno de los cónyuges hubiese fallecido con independencia de cuál hubiera sido la causa de disolución (*inter vivos o mortis causa*). El de-

---

bienes gananciales que deban responder de las obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que se le adjudique preferentemente la vivienda familiar que tuviere carácter ganancial.

(10) Como señala Rams Albesa «no existe inconveniente alguno ni en el plano teórico ni en el práctico para que lleve a efecto su derecho a la atribución preferente sobre la porción ganancial indivisa» (RAMS ALBESA, J., *RCDI*, núm. 569, 1985, p. 1028).

(11) En este mismo sentido, *Cfr*: CABEZUELO ARENAS, A. L., *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 85-110, GARCÍA URBANO, J. M., 1993, p. 799 y RAGEL SÁNCHEZ, L. F., 2011, pp. 1413-1415.



recho de adjudicación preferente se configura como norma de liquidación y, por lo tanto, debe compartirse la argumentación que permite su aplicación en los casos en los que al tiempo de la liquidación uno de los cónyuges había fallecido con independencia de cuál hubiera sido la causa que originó la disolución de la sociedad de gananciales<sup>(12)</sup>.

Caso de concurrir los tres presupuestos anteriormente analizados, el cónyuge viudo podrá pedir que en la liquidación de la sociedad de gananciales se le adjudique con carácter preferente la propiedad exclusiva o un derecho de habitación sobre el inmueble ganancial que constituyó la vivienda familiar, tal y como expresamente dispone el artículo 1407 del Código Civil.

El derecho de adjudicación preferente trata de garantizar la continuidad del cónyuge viudo en la vivienda familiar, ya sea adjudicándole el inmueble por entero, ya sea ofreciéndole un derecho de ocupación alternativo al dominio y de menor valor económico (derecho de habitación). Esta elección de adquirir el inmueble o de constituir un derecho de uso o habitación dependerá exclusivamente de la voluntad del cónyuge viudo, sin que sea necesario que el valor del bien inmueble sea superior al *quantum* de su cuota, pues «si el valor de los bienes o el derecho supera al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero» (art. 1407 *in fine* CC). En efecto, el legislador ha permitido que el cónyuge viudo pueda adjudicarse la plena propiedad o un derecho de uso o habitación sobre la vivienda familiar con independencia de su valor, pues si el valor del derecho de propiedad o de uso o habitación supera el haber del cónyuge viudo, éste deberá satisfacer el exceso en metálico, según opinión mayoritaria de la doctrina, al tiempo de ejecutarse la liquidación<sup>(13)</sup>.

---

(12) Aunque del tenor literal del precepto parece que solo cabrá la adjudicación preferente en los casos en los que la disolución de la sociedad de gananciales se produjo por el fallecimiento de uno de los cónyuges, como pone de manifiesto Rebolledo Varela «el artículo 1406.4 CC también resulta aplicable en aquellos supuestos en que disuelta la sociedad de gananciales por causa distinta a la muerte de uno de los cónyuges, entre la disolución y la liquidación, en que puede transcurrir un período de tiempo en ocasiones ciertamente amplio, se haya producido el fallecimiento de uno de ellos. En este caso el derecho de atribución preferente a favor del cónyuge supérstite que tiene en la vivienda ganancial su residencia habitual será oponible frente a los herederos del otro» (REBOLLEDO VARELA, A. L., 2013, p. 9942).

(13) Para Rams Albesa «el atributario deberá hacer efectiva en metálico la diferencia en el momento mismo de ejecutarse la partición. Es evidente que el legislador ha querido evitar las situaciones de crédito personal, no admitiéndolas sencilla y llanamente, o en los casos excepcionales en que las admite, convirtiéndolas en una compensación entre lotes, de forma tal que el atributario in natura en exceso respecto de su cuota reconocida vierte en el consorcio la diferencia, agrandando la masa partible para que en el momento de la división material ambos lotes sean iguales en valor efectivo y no llegue a nacer siquiera una relación de crédito-deuda entre los coparticiparios» (RAMS ALBESA, J., *RCDI*, núm. 569, 1985, p. 1018). Esta opinión es compartida por Martín Meléndez al declarar que «salvo acuerdo de los cónyuges o del cónyuge y los herederos, deberá hacerse al contado

No obstante, esta limitación o requisito de satisfacer el exceso al tiempo de la liquidación puede desvirtuar el derecho de adjudicación preferente o dejarlo vaciado de contenido, teniendo en cuenta los recursos económicos del cónyuge viudo. No parece que exista ningún inconveniente en admitir la posibilidad de que adjudicada la vivienda familiar al cónyuge viudo, éste se convierta en deudor del patrimonio hereditario del cónyuge fallecido por el valor del exceso de la cuantificación del derecho de propiedad o del derecho de goce de uso o habitación sobre la vivienda familiar. Esta posibilidad además no queda excluida en el artículo 1407 del Código Civil cuya finalidad es admitir excepcionalmente el derecho de adjudicación preferente en los casos en los que el valor de la vivienda o el derecho de uso o habitación excede del haber del cónyuge viudo<sup>(14)</sup>.

Asimismo, el derecho de adjudicación preferente podrá ser ejercitado por el cónyuge viudo con independencia de cuál fuese la voluntad del causante y de sus herederos. Ello significa que el causante no puede impedir ni sus herederos oponerse a la adjudicación preferente de la vivienda familiar querida por el cónyuge sobreviviente<sup>(15)</sup>. A este respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6.ª) de 2 de febrero de 2018 declara que el derecho que se «concede al cónyuge viudo de que se le atribuya la vivienda que fue residencia habitual, [...], bien en propiedad o que se constituya sobre ellos un derecho de uso o habitación, es un derecho de opción que la ley le atribuye no una simple facultad, y que en caso de ejer-

---

en el momento de hacer las adjudicaciones, y ello ya se piense que estamos ante una operación puramente liquidatoria que no genera derecho de crédito alguno». Pese a ello, aduce, «de *lege ferenda* podría permitirse que, solo en casos excepcionales, a falta de acuerdo, el Juez, a su prudente arbitrio pero dentro de un límite legal, teniendo en cuenta la situación de ambos esposos, autorizase un aplazamiento moderado si se dan especiales circunstancias y siempre que el que resultase deudor ofreciera garantías suficientes; el crédito, debería, además devengar intereses hasta su pago. Si no se diera esta excepcionalidad, el cónyuge que no tuviera dinero suficiente en el momento de partir, debería desistirse de la atribución por entero del bien o buscar otras vías de financiación procedente de un tercero, ya sea éste una entidad crediticia o un particular (MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *ADC*, núm. 4, 2019, pp. 1109-1113).

(14) Ragel Sánchez comparte esta opinión al entender que como el artículo 1407 CC «no... indica que el abono en dinero sea al contado, permite que el pago pueda quedar aplazado cuando así lo acuerdan los partícipes o lo decide el Juez» y que «es preferible que lo decida el Juez, pues cuando el aplazamiento es fruto únicamente del acuerdo... podría ser impugnado a través de una acción revocatoria o pauliana por los acreedores privativos del cónyuge acreedor, por haber sido realizado en fraude o perjuicio de sus derechos» [RAGEL SÁNCHEZ, L. F., ob. cit. (ed. 2.º, 2017), pp. 826-827].

(15) Los derechos de adjudicación preferente podrán ejercitarse al tiempo de la formación de los lotes en la liquidación de la sociedad de gananciales, una vez que se conozcan el activo a repartir entre los cónyuges (o sus herederos). Ello significa que los derechos de atribución preferente derivados del artículo 1406 CC son inoponibles frente a los acreedores consorciales que podrán exigir la enajenación o adjudicación de la vivienda familiar en pago de sus créditos (*Cfr.* REBOLLEDO VARELA, A. L., 2013, p. 9952 y MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *ADC*, núm. 4, 2019, p. 1072).

citar este derecho, la opción que la misma realizada, en este caso con la constitución de un derecho de uso y habitación, es irrevocable e inatacable, por lo que el resto de los herederos deben pasar por ella»<sup>(16)</sup>.

Los herederos del causante tampoco podrán impedir la adjudicación de la vivienda familiar requerida por el cónyuge viudo so pretexto del incumplimiento del principio de igualdad cualitativa entre los lotes *ex* artículo 1061 del Código Civil<sup>(17)</sup>. Y ello porque el derecho de adjudicación preferente se configura como una excepción al requisito de cumplimiento del principio de igualdad en los casos en los que no sea posible su cumplimiento, por ejemplo, por ser la única vivienda del patrimonio ganancial. No parece lógico que dicho derecho de adjudicación preferente quede limitado a los casos en los que los herederos del causante puedan adjudicarse un bien de la misma naturaleza, especie y calidad.

Ahora bien, lo que sí puede ocurrir es que el derecho de adjudicación preferente ejercitado por el cónyuge viudo colisione con el derecho de habitación sobre la vivienda habitual que tienen reconocido *ex lege* los descendientes en situación de discapacidad que convivieran con el causante *ex* artículo 822 del Código Civil<sup>(18)</sup>. En estos casos se plantea qué derecho tiene carácter preferente o prima sobre el otro: el derecho del cónyuge viudo a adjudicarse la vivienda familiar o el derecho del descendiente en situación de discapacidad de continuar residiendo en dicha vivienda derivado del legado *ex lege*. Para dar solución a este conflicto, el propio artículo 822 *in fine* del Código Civil dispone que el legado del derecho de habitación a favor del descendiente discapacitado «no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación». Ello debe significar que el derecho de propiedad que se adjudica al cónyuge viudo en la liquidación de la sociedad de gananciales se verá grabado con el derecho de habitación a favor del descendiente discapacitado y, en consecuencia, ambos podrán continuar resi-

---

(16) En contra de lo expuesto, Rams Albesa opina que «la opción a que se constituya en favor del atributario un derecho real de uso o habitación tan solo procede cuando la vivienda sobrepasa por sí sola el haber que le corresponde al solicitante; si el valor de este bien no sobrepasa el referido haber creo que los herederos del cónyuge fallecido pueden oponerse eficazmente a la constitución de tal derecho real limitado, pues, como ya he puesto de manifiesto, el empleo de las facultades extraordinarias del artículo 1407, encaminado a la acumulación de atribuciones, constituye un abuso de derecho por desviación arbitraria de la finalidad de la norma» (RAMS ALBESA, J., *RCDI*, núm. 569, 1985, p. 1014).

(17) *Cfr.* SAP de Asturias (Sección 5.ª) de 11 de junio de 1998. En este mismo sentido, *Cfr.* Díez PICAZO, L., 1984, p. 1081 y GARRIDO DE PALMA, V. M.; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, T. A.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C., y VELEZ BUENO, J., 1985, pp. 13-14.

(18) Sobre el legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor de un descendiente del causante en situación de discapacidad, *vid. infra* LÓPEZ TUR, T., «Derecho de habitación en favor del legitimario en situación de discapacidad» pp. 1153-1177.

diendo en el domicilio familiar (teniendo en cuenta además que, en muchos casos, dicho descendiente será común a ambos cónyuges)<sup>(19)</sup>.

## 1.2 Vivienda familiar exclusiva del cónyuge fallecido

En aquellos casos en los que la vivienda familiar no tuviera carácter ganancial, sino que fuese privativa o exclusiva de uno de los cónyuges, el inmueble formará parte del patrimonio hereditario del causante junto con el resto de sus bienes, sin que el cónyuge viudo pueda disfrutar de una regla especial de protección<sup>(20)</sup>. No se prevé en ningún precepto una norma especial de adjudicación del uso o atribución preferente a favor del cónyuge viudo por el fallecimiento del titular de la vivienda familiar, similar a la atribución el uso de la vivienda en supuestos de crisis matrimonial *ex* artículo 96 del Código Civil.

La falta de una norma que establezca un régimen específico de protección sobre la vivienda familiar podrá implicar que el cónyuge viudo carezca de justo título de posesión sobre dicho inmueble y, en consecuencia, esté abocado a abandonarlo tras el fallecimiento de su cónyuge. Por la muerte del titular de la vivienda no surge *ex novo* un título de posesión legítimo de la vivienda familiar a favor del cónyuge no propietario, por lo que si éste residía en dicho inmueble so pretexto del título de propiedad de su cónyuge no podrá continuar en él tras la apertura de la sucesión, pudiendo los herederos del causante solicitar que abandone la vivienda o, caso de oposición, instar su desahucio al poseer la vivienda en precario.

---

(19) La doctrina mayoritaria defiende la aplicación del artículo 1380 CC en los casos en los que la vivienda es adjudicada al cónyuge viudo, admitiendo la compatibilidad en los casos en los que confluyen dos derechos de habitación *ex* artículos 822 y 1407 CC. Al respecto, *Cfr.* DÍAZ ALABART, S., 2011, p. 870, NOGUERA NEBOT, T., *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 2006, pp. 487-488 y RAGEL SÁNCHEZ, L. F., 2013, pp. 6108-6109.

(20) No se incluye en este epígrafe los supuestos de vivienda familiar copropiedad de ambos cónyuges, pues en tal caso el cónyuge viudo tendrá derecho a continuar en el uso de la vivienda familiar tras el fallecimiento de su pareja (copropietario) con base en la facultad de uso de todos los comuneros conferida en el artículo 394 CC, a cuyo tenor «cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho». En estos casos, la solución sería el goce y disfrute solidario del bien por todos los copartícipes *ex* artículo 394 CC. No obstante, en los casos en los que la convivencia de todos los comuneros es imposible, el Tribunal Supremo ha fijado como doctrina que «la aplicación de turnos de ocupación con uso exclusivo por periodos sucesivos y recurrentes será considerada como una fórmula justa y aplicable a los casos de comuneros de viviendas cuando no sea posible o aconsejable el uso solidario o compartido y la comunidad o algún comunero así lo inste» (STS 9 diciembre 2015). En su defecto, cualquiera de los comuneros podrá instar la división de la cosa común (arts. 400 a 406 CC).

Asimismo, en los casos de vivienda copropiedad cabe tener presente el derecho de predetracción del artículo 1321 CC, a cuyo tenor «falleciendo uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber». *Cfr. supra* nota al pie 7.

La pérdida del carácter familiar de la vivienda por el fallecimiento del (ex)cónyuge propietario justifica, asimismo, la extinción del derecho de uso que se hubiese podido atribuir en la sentencia de separación o de divorcio a favor del cónyuge no propietario *ex* artículo 96 del Código Civil. No parece controvertido que acaecida la muerte del titular de la vivienda, sus herederos puedan instar el abandono o el desahucio del titular del derecho de uso. Esta conclusión resulta conforme con la doctrina jurisprudencial que cataloga al cónyuge beneficiario del derecho de uso –atribuido por sentencia de separación o divorcio– como un mero precarista en los supuestos en los que la vivienda familiar pertenece a un tercero: «la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial» (STS 2 octubre 2008) <sup>(21)</sup>.

Al no existir ninguna norma especial de protección *mortis causa* de la vivienda familiar propiedad del causante, para que el cónyuge viudo pueda continuar residiendo en ella tras el fallecimiento de su cónyuge debe acudir al régimen general del derecho sucesorio inspirado en la voluntad del testador. En efecto, el testador podrá ordenar a favor del cónyuge viudo el legado de la vivienda familiar o del usufructo sobre dicho inmueble o, incluso, lo que cada vez es más común en la práctica, el usufructo universal y vitalicio a través de la *cautela socini* si el cónyuge concurriese con legitimarios <sup>(22)</sup>. Con base en el legado del usufructo vitalicio universal de la herencia del causante, la Sentencia plenaria de 20 de enero de 2014 confirma la posesión legítima de la viuda y estima la acción de desahucio por precario ejercitada contra el hijo común –heredero de la nuda propiedad–. La esposa como legataria del usufructo de todo el patrimonio hereditario –entre el que se encuentra la vivienda familiar–

---

(21) En este mismo sentido, *Cfr.* SSTS de 29 de octubre de 2008, 30 de octubre de 2008 (1034/2008), 30 de octubre de 2008 (1036/2008), 30 octubre 2008 (1037/2008), de 13 de noviembre de 2008, de 14 de noviembre de 2008, de 30 de junio de 2009, de 22 de octubre de 2009 y la STS (plenaria) de 18 de enero de 2010.

(22) «La llamada comúnmente cláusula o *cautela socini* es la que puede emplear el testador para, dejando al legitimario una mayor parte de la que le corresponde en la herencia por legítima estricta, gravar lo así dejado con ciertas cargas o limitaciones, advirtiéndole que si el legitimario no acepta expresamente dichas cargas o limitaciones perderá lo que se le ha dejado por encima de la legítima estricta [...] Aun cuando parte de la doctrina ha sostenido que esta cautela supone un artificio en fraude de ley en cuanto elude la norma que establece la intangibilidad cualitativa de la legítima, la doctrina predominante aboga por su validez por su clara utilidad y el hecho de que no se coacciona la libre decisión del legitimario que, en todo caso, puede optar por recibir en plena propiedad la legítima estricta. En este sentido, se incorporó al Código Civil en el apartado 3.º del artículo 820» (SSTS 27 mayo 2010 y 21 noviembre 2011).

adquiere *mortis causa* justo título de posesión que le habilita para poseer los bienes hereditarios y evitar que terceros frustren o imposibiliten su uso. Como precisa la Sentencia no se trata de un conflicto sobre el uso exclusivo y excluyente de la cosa común por un comunero con vulneración del artículo 394 del Código Civil, sino del derecho de la usufructuaria a usar los bienes usufructuados con limitación de la facultad de uso al nudo propietario (el hijo común)<sup>(23)</sup>.

En defecto de la voluntad del testador y, caso de concurrir con descendientes –o con ascendientes–, el cónyuge viudo podrá continuar en la vivienda familiar so pretexto de su legítima viudal (art. 834 CC) o, incluso, a través de la conmutación del usufructo, bien por decisión de los herederos (art. 839 CC), bien por su imposición en aquellos casos en los que concurre con descendientes del causante (art. 840 CC).

Como puede observarse de lo expuesto, en el derecho civil común no se regula ninguna norma específica de protección de la vivienda por fallecimiento del cónyuge titular, debiendo ampararse el viudo en las normas sucesorias –bien por voluntad del causante o por disposición legal– para lograr continuar residiendo en la vivienda familiar, a diferencia de lo que acontece en los derechos civiles especiales, como podrá comprobarse más adelante.

## 2. BIBLIOGRAFÍA

- ARGELICH COMELLES, C., «La naturaleza ganancial o privativa del arrendamiento de la vivienda familiar», *Revista de Derecho Civil*, vol. 3, núm. 4, 2016, pp. 125-150.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de, «Aspectos controvertidos del legado de habitación previsto en el artículo 822 del Código civil», en *Estudios de derecho de sucesiones «Liber amicorum» Teodora F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 143-164.
- BOTELLO HERMOSA, P. I., *El derecho real de habitación a favor de la persona con discapacidad*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2021.
- CABEZUELO ARENAS, A. L., «Sentencia de 16 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1861)», en *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil. Familia y sucesiones*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 585-601.
- CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la, «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 39, núm. 2, 1986, pp. 339-536.
- CAPELO DE SOUSA, R., «Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente», en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, vol. 8, 2021, pp. 2199-2220.

---

(23) Esta doctrina se reitera por las SSAP de Madrid (Sección 11.ª) 17 noviembre 2014 y de Alicante (Sección 5.ª) 11 abril 2019.



- CERVILLA GARZÓN, M. D., «El derecho a usar la vivienda familiar del conviviente supérstite», en *La vivienda en las crisis familiares*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 315-336.
- CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 275-442.
- DA SILVA LEIRAS, D. I., *Estatuto sucessório do cônjuge supérstite no direito espanhol e português*, Colex, Madrid, 2020.
- DIAS COSTA, E., «A posição sucessória do cônjuge sobrevivente no direito português: a propósito da lei 48/2018, de 14 de agosto», *Direito em Dia: Direito Magazine*, 2019, pp. 1-14.
- DÍAZ ALABART, S., «La protección económica de los discapacitados a través del Derecho de sucesiones», en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, vol. I, Wolters Kluwer, Madrid, 2011, pp. 853-938.
- DÍEZ PICAZO, L., «Comentario a los artículos 1406 y 1407 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1801-1803.
- FERNÁNDEZ CHACÓN, I., «La disposición de la vivienda familiar», en *La vivienda familiar*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2023, pp. 209-264.
- FERNÁNDEZ CHACÓN I., y GAGO SIMARRO, C., «Conflictos dominicales y posesorios derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 788, 2021, pp. 3369-3441.
- GAGO SIMARRO, C., «La atribución del uso temporal de la vivienda habitual al conviviente supérstite en Andalucía: artículo 13 de La Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho», *Revista de Derecho Civil*, pp. 397-400.
- GALLARDO RODRÍGUEZ, A., «Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», *La Ley*, 2020, pp. 1-39.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «La inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ley Andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho», en *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, vol. 1, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005, pp. 547-558.
- GARCÍA HERRERA, V., *El legado de habitación a favor de legitimario discapacitado*, Dykinson, Madrid, 2018.
- GARCÍA URBANO, J. M., «Comentario al artículo 1406 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1993.
- GARRIDO DE PALMA, V. M.; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, T. A.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C., y VELEZ BUENO, J., *La disolución de la sociedad conyugal (Estudio específico de las atribuciones preferentes de los artículos 1406 y 1407 del Código civil)*, Reus, Madrid, 1985.
- GOMÁ LANZÓN, I., «Desahucio por precario entre coherederos. Legitimación de la legataria del usufructo universal de la herencia y copropietaria del inmueble sobre el que se ejercita la acción», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Vol. 6, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, pp. 711-722.

- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., «El ejercicio de los derechos de atribución preferente y sus consecuencias en la liquidación y la partición de la sociedad de gananciales: una propuesta de *lege ferenda*», *Anuario de derecho civil*, núm. 4, 2019, pp. 1059-1132.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, M. C., «Derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado en el Derecho español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, 2010, pp. 2545-22546.
- «La sucesión *mortis causa* de la vivienda familiar y fallecimiento de uno de los cónyuges o unidos de hecho», *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 19, 2023, pp. 600-629.
- MIRALLES BELLMUNT, M., *La posició del cònjuge i del convivent en parella estable supervivent en el Dret civil de Catalunya*, tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2016.
- NOGUERA NEBOT, T., «El legado del derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código civil», *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 2006, pp. 471-488.
- QUICIOS MOLINA, M. S., «Comentario a la Sentencia de 30 mayo 2012», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 92, 2013, pp. 139-158.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario a los artículos 819 a 830 del Código civil», en *Comentarios al Código Civil*, t. V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 6021-6173.
- «La sociedad de gananciales. La disolución de la comunidad de gananciales», en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 1241-1498.
- *El régimen de gananciales*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2017.
- RAMS ALBESA, J. J., «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales: régimen y naturaleza I», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 568, 1985, pp. 727-835.
- «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales: régimen y naturaleza II», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 569, 1985, pp. 927-1070.
- REBOLLEDO VARELA, A. L., «Comentario a los artículos 1406 y 1407 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, t. VII, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9942.
- VILLAGRASA ALCAIDE, C., *El derecho de predetracción: bienes excluidos de la herencia a favor del cónyuge viudo o de la pareja superviviente*, Atelier, Barcelona, 2019.

## B. Subrogación «mortis causa» en la vivienda arrendada

**Clara Gago Simarrov\***

*Profesora Permanente Laboral de Derecho Civil,  
Universidad de Oviedo*

**Resumen:** *El artículo 16 de la Ley de arrendamientos urbanos contempla una norma específica de protección de la vivienda familiar por fallecimiento del arrendatario admitiendo ex professo la modificación de la relación contractual preexistente. A tal efecto resulta necesario analizar los presupuestos, requisitos objetivos y subjetivos, así como los efectos derivados del ejercicio de dicho derecho.*

**Palabras clave:** *Arrendamiento, fallecimiento, subrogación, parientes.*

**Abstract:** *Article 16 of the Urban Leases Law contemplates a specific rule for the protection of the family home in the event of the death of the tenant, admitting ex professo the modification of the pre-existing contractual relationship. For this purpose, it is necessary to analyze the assumptions,*

---

\* El trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación I+D+i «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. IP: CUENA CASAS, M. (PID 2021-124953NB-I00).

*objective and subjective requirements, as well as the effects derived from the exercise of such right.*

**Keywords:** *Lease, death, subrogation, relatives.*

**Sumario:** 1. Subrogación *mortis causa* de la vivienda arrendada. 1.1 Presupuestos para el ejercicio del derecho de subrogación. 1.2 Extinción del arrendamiento por fallecimiento del arrendatario. 2 Bibliografía.

## 1. SUBROGACIÓN *MORTIS CAUSA* DE LA VIVIENDA ARRENDADA

La vivienda familiar arrendada goza de un especial estatus jurídico recogido en los artículos 12, 15 y 16 de la Ley de arrendamientos urbanos. En concreto, como consecuencia del fallecimiento del cónyuge arrendatario, el artículo 16 atribuye al cónyuge viudo un derecho subrogación *mortis causa* en el contrato de arrendamiento.

Como derecho de subrogación, el cónyuge viudo se coloca en la posición que le correspondía al arrendatario, continuando la relación arrendaticia en los mismos términos preexistentes –sin que se celebre un nuevo contrato, salvo voluntad de las partes interesadas–. En efecto, la subrogación *mortis causa* determina la existencia de una novación subjetiva de la persona del arrendatario –una modificación *ex professo* de la relación contractual preexistente–<sup>(1)</sup>.

Se trata de una norma específica en materia arrendaticia que no tiene reflejo en los casos en los que la vivienda de la familia es propiedad del cónyuge fallecido, al carecer el viudo de una norma que proteja su continuidad en el uso del inmueble, similar al régimen derivado de los artículos 1320 y 96 del Código Civil en los supuestos de normalidad o crisis matrimonial.

No obstante, este derecho de subrogación no constituye un derecho especial que surge por razón del matrimonio, al extenderse a otros parientes del arrendatario fallecido como son sus descendientes, ascendientes o colaterales hasta el tercer grado convivientes e, incluso, al conviviente supérstite.

---

(1) Conviene precisar que lo preceptuado en el artículo 16 de la LAU solo se aplicará a los contratos de arrendamiento celebrados a partir del 1 de enero de 1995.

### 1.1 Presupuestos para el ejercicio del derecho de subrogación

De acuerdo con el artículo 16 LAU, podrán beneficiarse del derecho de subrogación *mortis causa*, en primer lugar, el cónyuge viudo que al tiempo del fallecimiento conviviera con él o persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario en análoga relación de afectividad a la de cónyuge de forma permanente durante al menos los últimos dos años, salvo que tuviesen descendencia común, en cuyo caso no resultará necesario probar el plazo de convivencia<sup>(2)</sup>. Como puede observarse, el único requisito en caso de vínculo matrimonial es la existencia de convivencia efectiva al tiempo del fallecimiento del arrendatario, exceptuándose el derecho de subrogación en los casos de separación legal o de hecho o –al cesar la convivencia matrimonial efectiva–<sup>(3)</sup>. A diferencia de los supuestos de pareja de hecho en los que se exige acreditar un mínimo de convivencia previa de dos años o descendencia común.

Asimismo, podrán subrogarse en el contrato de arrendamiento los descendientes sujetos a la patria potestad o tutela del arrendatario o los descendientes mayores de edad que hubiesen convivido con el arrendatario durante al menos los dos últimos años; los ascendientes o hermanos del arrendatario que hubieran convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes a su fallecimiento; así como cualquier pariente hasta el tercer grado colateral con una minusvalía igual o superior al 65 por ciento que hubiesen convivido con el arrendatario fallecido durante al menos los dos últimos años<sup>(4)</sup>. En defecto de alguno de los parientes referenciados, el contrato de arrendamiento se extinguirá por fallecimiento del arrendatario (art. 16.1. *in fine* de la LAU).

---

(2) La equiparación del conviviente supérstite con el cónyuge viudo en materia de subrogación *mortis causa* en el contrato de arrendamiento se recogió por primera vez en la LAU de 1994. Si bien, con anterioridad y de acuerdo con el tradicional artículo 58 de la LAU de 1964 se pronunció el Tribunal Constitucional declarándolo inconstitucional al excluir del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido. Cfr: SSTC 11 diciembre 1992 y 8 de febrero de 1993. Ahora bien, «es legítimo que el legislador civil, en su libertad de configuración, extienda los beneficios de la subrogación arrendaticia a las uniones de hecho *more uxorio*, sin incurrir por ello en discriminación constitucionalmente inaceptable. Pero que dicha extensión sea constitucionalmente admisible –e incluso deseable– no implica que la opción contraria, en la actualidad vigente y que aquí se cuestiona, no lo sea» (Cfr: STC 15 noviembre 1990 en relación con la pensión de viudedad).

(3) En este mismo sentido, Cfr: ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *RCDI*, núm. 696, 2006, pp. 1338-1340, GONZÁLEZ PORRAS, J. M., 1996, pp. 475-476 y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., 1994, p. 187. En opinión de Pérez Ureña podrá subrogarse el cónyuge separado que tras haber cesado la convivencia en común mantiene su vida en el domicilio conyugal o la reanuda temporalmente en él, habida cuenta del mantenimiento del vínculo conyugal (PÉREZ UREÑA, A. A., 1999, pp. 188-189).

(4) «A los efectos prevenidos en esta ley, la situación de minusvalía y su grado deberán ser declarados, de acuerdo con la normativa vigente, por los centros y servicios de las Administraciones Públicas competentes» (disposición adicional novena de la LAU).

Como es posible que concurren varios de los parientes con derecho a subrogarse en la posición del arrendatario fallecido, se hace necesario estipular un orden de prelación, legal o convencional. A este respecto, el legislador ha previsto un orden de prelación que se aplicará siempre y cuando no exista un acuerdo *unánime* entre los parientes interesados. Pese a que el artículo 16 LAU especifica que el acuerdo para sortear el orden legal de prelación requiere unanimidad de todos los parientes con derecho a la subrogación, ello no resulta lógico, pues al tratarse de un orden jerárquico, el acuerdo entre el pariente preferido y el inmediatamente después –o todos los que son preferidos– debería resultar suficiente para dejar sin efecto el orden legal de prelación (por ejemplo, el cónyuge a favor del único hijo del arrendatario que no tiene progenitores vivos). Ahora bien, no será posible que el cónyuge viudo acuerde con un hermano del arrendatario que será éste el preferido en la subrogación del contrato concurriendo también descendientes o ascendientes –que tienen preferencia sobre el hermano–. En consecuencia, el acuerdo que desvirtúe el llamamiento legal jerárquico requerirá del consentimiento de todos aquellos que estarían preferidos en la subrogación sobre el beneficiado por el acuerdo.

En defecto de acuerdo, serán preferidos el cónyuge viudo o el conviviente supérstite frente al resto de parientes del arrendatario<sup>(5)</sup>. Si el arrendatario fallece soltero o viudo, tendrán preferencia en el llamamiento sus progenitores septuagenarios; en su defecto y, en orden jerárquico, los descendientes, los ascendientes, los hermanos de doble vínculo y los hermanos de vínculo sencillo. En caso de que concurren varios parientes de tales líneas de grado más próximo se establecen tres criterios específicos de prelación: son preferidos los parientes que tengan acreditada una minusvalía igual o superior al 65 por ciento; en segundo lugar, aquellos que soporten mayores cargas familiares y, finalmente, los descendientes

---

(5) La equiparación entre el cónyuge viudo y el conviviente supérstite a efectos de la subrogación en el contrato de arrendamiento viene dada por la STC 11 diciembre 1992 que declaró inconstitucional el artículo 58 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos al no contemplar al conviviente supérstite: «... En los términos en que la cuestión se ha promovido, el artículo 58.1 de la LAU se estima inconstitucional en aquella parte del mismo en que se atribuye al cónyuge del arrendatario fallecido –no, por tanto, al miembro supérstite de una unión de hecho– la facultad de subrogarse en el contrato de arrendamiento [...] La norma excluyente cuya constitucionalidad está aquí en cuestión muestra –tal como ya se ha adelantado– una finalidad protectora de la familia, pero la diferenciación que introduce entre el miembro supérstite de la pareja matrimonial y el que lo sea de una unión de hecho no solo carece de un fin aceptable desde la perspectiva jurídico-constitucional que aquí importa, sino que entra en contradicción además con fines o mandatos presentes en la propia Norma fundamental». Ahora bien, pese a que es legítimo que el legislador civil, en su libertad de configuración, extienda los beneficios de la subrogación arrendaticia a las uniones de hecho *more uxorio*, dicha equiparación no debe entenderse como imposición constitucional, pudiendo una futura reforma de la LAU optar por la opción contraria y limitar el derecho de subrogación exclusivamente al cónyuge viudo. *Cfr.*, en este sentido, el voto particular del Magistrado Excmo. D. Rodríguez Bereijo formulado a la STC 11 diciembre 1992.



de menor edad o los ascendientes de mayor edad<sup>(6)</sup>. Por último, para el caso de que no sobrevivan ninguno de los anteriores familiares, podrán ejercitar el derecho de subrogación *mortis causa* los parientes del arrendatario hasta el tercer grado colateral con minusvalía igual o superior al 65 por ciento.

Junto al presupuesto analizado, se requiere además que las partes contratantes no hubiesen excluido en el contrato de arrendamiento o en un acuerdo posterior el derecho de subrogación *mortis causa*, pues en tal caso, pese a concurrir alguno de los parientes reseñados, no podrán éstos disfrutar del derecho de subrogación. Ahora bien, la libertad de pacto de exclusión no es ilimitada o absoluta, admitiéndose únicamente en contratos cuya duración inicial sea superior a cinco o siete años –sea el arrendador persona física o jurídica respectivamente–, el fallecimiento del arrendatario se hubiese producido transcurridos los primeros cinco o siete años o habiéndose producido el fallecimiento con anterioridad se cumplan dichos plazos de duración del contrato y no concurra ninguna persona en situación de especial vulnerabilidad, especialmente menores de edad, personas con discapacidad o personas mayores de sesenta y cinco años<sup>(7)</sup>.

Además, la subrogación *mortis causa* en el contrato de arrendamiento a favor de alguno de los parientes del arrendatario en los casos en los que no existe pacto de exclusión no se produce automáticamente por el fallecimiento del arrendatario, al exigirse el cumplimiento de un importante requisito formal: la notificación al arrendador de la voluntad de subrogación dentro del plazo legal estipulado<sup>(8)</sup>. En efecto, el artículo 16.3 LAU exige la

---

(6) Pese al intento del legislador de fijar todos los criterios para la determinación del orden de prelación en el derecho de subrogación *mortis causa*, Carrasco Perera, pone de manifiesto «que queda, con todo, una laguna: cómo se resuelve la prelación en el caso de dos sobrinos con minusvalía y sin cargas familiares ninguno de ellos, o el caso de dos tíos o el de un sobrino y un tío; el artículo 16.2 *in fine* se refiere al menor de los hijos o menor de los hermanos, pero no al menor de los sobrinos o al menor entre varios parientes colaterales de tercer grado. Se supone que procederá la analogía, y habrá que favorecer al de menor edad» (CARRASCO PERERA, A., 2020).

(7) La reforma de la LAU por la Ley 4/2013, de 4 de junio recogía el pacto de exclusión más flexible al disponer el artículo 16.4 LAU que «en arrendamientos cuya duración inicial sea superior a tres años, las partes podrán pactar que no haya derecho de subrogación en caso de fallecimiento del arrendatario, cuando éste tenga lugar transcurridos los tres primeros años de duración del arrendamiento, o que el arrendamiento se extinga a los tres años cuando el fallecimiento se hubiera producido con anterioridad».

(8) Este requisito debe cumplirse por el cónyuge viudo incluso en los casos en los que el matrimonio está casado en régimen de sociedad de gananciales, pues el Tribunal Supremo ha rechazado el carácter ganancial del arrendamiento celebrado por un cónyuge constante la sociedad de gananciales. Pese a la doctrina jurisprudencial, para un importante sector de la doctrina todo arriendo que sirve de base a la vivienda familiar, suscrito constante matrimonio, es un arriendo consorcial si estamos en sede de régimen económico de la sociedad de gananciales o régimen similar de los existentes en los derechos civiles autonómicos, salvo pacto en contrario consentido por el otro cónyuge. Esta calificación se justifica de acuerdo con el principio de subrogación real *ex* artículo 1347.3 del Código Civil, conforme al cual tendrán carácter ganancial los bienes o derechos adquiridos a título oneroso a

«notificación por escrito del hecho del fallecimiento, con certificado registral de defunción, y de la identidad del subrogado, indicando su parentesco con el fallecido y ofreciendo, en su caso, un principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse». Conforme con ello, son tres los requisitos que *a priori* deben concurrir para el cumplimiento del requisito de notificación: por un lado, debe avisarse por escrito al arrendador la voluntad de subrogación; asimismo, en dicha notificación debe especificarse la fecha de fallecimiento del arrendatario, aportando el certificado de defunción y la identidad del solicitante con expresión del grado de parentesco o vínculo afectivo; y, por último, dicha notificación debe realizarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la muerte del arrendatario.

Pese a la formalidad de la notificación *por escrito* requerida legalmente, la Sentencia plenaria del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018 ha optado por una flexibilización, al entender que no podrá adoptarse la resolución del contrato en aquellos casos en los que el arrendador conocía el fallecimiento del arrendatario y la voluntad de subrogación de su cónyuge, aunque éste no hubiese realizado la notificación por escrito en el plazo de los tres meses computados desde la muerte<sup>(9)</sup>. La exigencia de cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 16 LAU «resulta excesivamente rígida y que no puede ser mantenida de manera inflexible sin atender en cada caso a las exigencias que imponga la buena fe, principio general del derecho que informa nuestro ordenamiento jurídico (arts. 1.4 y 7 CC)<sup>(10)</sup>. Por razón de la buena fe, el efecto extintivo del

---

costa del caudal común. Según este sector de la doctrina, el carácter ganancial del contrato de arrendamiento constituido por un cónyuge queda confirmado también por la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC al no quedar expresamente contemplado entre los bienes privativos (Cfr: artículo 1346 CC). Cfr., DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *ADC*, vol. 39, núm. 2, 1986, pp. 423-424, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., 2014, p. 303 y 2016, p. 65 y RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 5, 1987, p. 431.

(9) La Sentencia analizada revoca la doctrina jurisprudencial tradicional que era extremadamente exigente en el cumplimiento de los requisitos formales de notificación. Como paradigma de esta doctrina, la STS 30 mayo 2012 declara que «en los arrendamientos de vivienda celebrados bajo la vigencia de la LAU 1964, producido el fallecimiento de su titular, para que se produzca la subrogación, es imprescindible que se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 16 LAU, por remisión de lo prescrito en la DT 2.ª LAU 1994», lo que significa que «una válida subrogación exige la comunicación formal, en el plazo de 3 meses desde el fallecimiento del arrendatario, del hecho mismo de su muerte y de la persona que desea subrogarse». Como señala Carrasco Perera «esta conclusión, impide que pueda considerarse que el conocimiento del fallecimiento del arrendador y que la vivienda está siendo ocupada por un familiar con derecho a ejercer la subrogación, pueda ser considerado como un consentimiento tácito a la continuación del contrato arrendaticio. Hasta aquí el argumentario de esta penosa sentencia. No solo es penosa porque mantiene un punto de vista históricamente superado y contrario a las exigencias de la buena fe sino porque lo hace a propósito de un caso que nada tiene que ver con el artículo 16 ni con la disposición transitoria 2 LAU, ya que la señora estaba separada del arrendatario antes de la entrada en vigor de la Ley de 1994 y con toda seguridad era ya titular del arrendamiento cuya subrogación se discute, por haberle sido atribuido su uso antes del fallecimiento del inquilino histórico!» (CARRASCO PERERA, A., 2020, p. 592).

(10) Cfr: FUENTES-LOJO RIUS, A., *AC*, núm. 9, 2018; COBACHO GÓMEZ, J. A., 2018, pp. 35-44 y VELA TORRES, P. J., *La Ley*, núm. 9303, 2018.





contrato puede ser un resultado injusto cuando, a pesar de no haberse llevado a cabo una notificación formal por escrito, el arrendador tiene un conocimiento efectivo de que se ha producido el fallecimiento del arrendatario y de la voluntad de subrogación de quien tiene derecho a ello», en este caso, su cónyuge<sup>(11)</sup>. De conformidad con dicha interpretación, la referida Sentencia confirma la subrogación *mortis causa* del cónyuge viudo al haber quedado acreditado que la arrendadora tuvo pleno conocimiento de la voluntad subrogatoria, ya que tras el fallecimiento de la arrendataria estuvo negociando con el viudo el importe de la renta que debía abonar para continuar con el arrendamiento<sup>(12)</sup>.

En la actualidad, por lo tanto, podría entenderse que el pago de las rentas los meses siguientes al fallecimiento del arrendatario por cualquiera de los parientes convivientes con derecho a la subrogación debería ser suficiente para entender cumplido el requisito de notificación *por escrito* de la voluntad de subrogación al arrendador, pudiendo continuar en la vivienda hasta la extinción del contrato –o de sus prórrogas–<sup>(13)</sup>. No en balde, el arrendador no puede rechazar la subrogación aduciendo un desconocimiento al cambiar el titular responsable del pago de las rentas.

## 1.2 Extinción del arrendamiento por fallecimiento del arrendatario

La falta de concurrencia de alguno de los presupuestos anteriormente analizados o la ausencia de cualquier pariente con derecho a la subrogación determina que «el arrendamiento quedará extinguido» (art. 16.1 *in fine*

---

(11) La flexibilización de los requisitos formales había sido puesta de manifiesto con anterioridad en la jurisprudencia menor. Cfr: SSAP de Cantabria (Sección 3.ª) 2 febrero 2000 (AC 2000, 220), de Barcelona (Sección 4.ª) 14 enero 2005, de Burgos (Sección 2.ª) 11 enero 2001, de Albacete (Sección 2.ª) 15 febrero 2001 y de Asturias (Sección 5.ª) 17 octubre 2005.

En este sentido, Karrera Egialde y Alonso Camina defendían que «aunque el artículo 16.3 LAU exige la forma escrita como medio de comunicación de la subrogación, al igual que ocurre con otros supuestos de requisitos formales, tal forma no es presupuesto de validez del acto (forma *ad solemnitatem*). De este modo, el legislador ha pretendido asegurar un medio de prueba (forma *ad probationem*) que evite discusiones, pero si se acredita que se ha producido la notificación en otra forma, no existe inconveniente en dar eficacia a la misma» (KARRERA EGIALDE, M. M., y ALONSO CAMINA, G., *CCJC*, BIB 2010\33, 2010, p. 7).

(12) La Sentencia de 27 de septiembre de 2021 reitera la doctrina anteriormente expuesta en un asunto en el que la cónyuge viuda no había notificado por escrito su voluntad de subrogarse, pero la arrendadora tenía conocimiento «del fallecimiento del arrendatario y que la vivienda seguía ocupada por su viuda, con derecho a subrogarse en el contrato (en especial, dado el cambio de la cuenta en la que se domicilia el pago de la renta, junto a otros datos)».

(13) Resulta llamativo que no se haya modificado el artículo 16 LAU para eliminar o flexibilizar el requisito de notificación por escrito, teniendo en cuenta que la LAU ha sido reformada en varias ocasiones con posterioridad a la Sentencia plenaria. En concreto el artículo 16 LAU ha sido modificado por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo (en vigor desde el 6 marzo 2019).

LAU) y, en consecuencia, el arrendador en cualquier momento podrá instar el desalojo de los poseedores del inmueble sin justo título de posesión<sup>(14)</sup>.

Con base en ello, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 2009 confirma la sentencia de primera instancia que había declarado resuelto el contrato de arrendamiento y condenado a la viuda a «dejar libre, vacua, expedita y a disposición de la arrendadora la vivienda arrendada con apercibimiento que de no hacerlo se procederá a su lanzamiento»<sup>(15)</sup>. Resulta especialmente interesante la referida Sentencia, pues confirma, asimismo, que las normas del régimen económico matrimonial no alteran las normas arrendaticias y que la titularidad arrendaticia corresponde al cónyuge que es titular del contrato. Ello significa que el arrendamiento no tiene carácter ganancial y, por lo tanto, la titularidad del derecho arrendaticio corresponde única y exclusivamente al suscriptor del contrato, con independencia de su régimen económico matrimonial. En aquellos casos en los que ambos cónyuges intervinieron el contrato de arrendamiento al existir un coarrendamiento no será necesario ejercer el derecho de subrogación *mortis causa* por fallecimiento de uno de los arrendatarios al subsistir el contrato con el viudo<sup>(16)</sup>.

Una cuestión problemática en este sentido es que procedimiento debe instar el arrendador para conseguir el desalojo de los poseedores del inmueble tras el fallecimiento del familiar arrendatario; si se requiere en todo caso la resolución del contrato de arrendamiento o cabe instar directamente un procedimiento de desahucio por precario. La posibilidad de incoar este último procedimiento es confirmada por las Sentencias de la Audiencias Provinciales de Asturias (Sección 1.ª) 592/2022, de 10 de junio y de Madrid (Sección 14.ª) 90/2022, de 2 de marzo. En cambio, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4.ª) en su Sentencia 296/2022, de 16 de junio sostiene que «la acción a ejercitar debe ser la de precario en el supuesto en el que aquel frente a quien se interponga

(14) Cfr. CARRASCO PERERA, A., 2020, p. 593 y PASQUAU LIAÑO, M., 2007, p. 392.

(15) Esta solución fue acogida con anterioridad por las SSAP de Toledo (Sección 1.ª) 17 julio 1997, de Asturias 22 septiembre 1999, de Santander (Sección 2.ª) 13 noviembre 1998, de Asturias (Sección 6.ª) 17 febrero 2003. Estas Sentencias consideran que existe una legislación especial que goza de especificidad frente a la normativa general reguladora del régimen económico matrimonial en el Código civil, lo que se deduce de la propia voluntad del legislador expresada en la ley al contemplar específicamente el supuesto de subrogación del cónyuge del arrendatario y no el reconocimiento de la cotitularidad en el contrato de los cónyuges, llegando incluso a afirmar que de no considerarse así *serían letra muerta por inaplicables* las disposiciones sobre subrogación por causa de muerte establecidas en la LAU. Con posterioridad a la STS 3 abril 2009, Cfr. SSTs 10 marzo 2010, 10 junio 2010, 9 julio 2010, 22 noviembre 2010, 24 marzo 2011, 22 abril 2013, 23 octubre 2013.

(16) Cfr. ARGELICH COMELLES, C., RDC, vol. 3, núm. 4, 2016, pp. 125-150 y RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 5, 1987, pp. 427-442.

carezca de vínculo alguno con el arrendatario que pudiese potencialmente incardinarse en el art 16 LAU [...] Por el contrario, en el supuesto en que en la vivienda hubiere alguna persona que pudiese potencialmente tener derecho a la subrogación por poder ser alguna de las que aparecen mencionadas en el art 16 LAU, se estima que lo más idóneo es acudir al ejercicio de la acción de resolución del contrato de arrendamiento al amparo del art 16 LAU, ya que de esta forma se considera se garantizan más los derechos de tales personas con potenciales derechos a la subrogación al ser el procedimiento a seguir no un juicio verbal (que es el aplicable al precario conforme al art 250.1.2.º LEC, sino un juicio ordinario (art. 249.1.6.º LEC), máxime teniendo en cuenta la evolución jurisprudencial y la interpretación flexible» del requisito de notificación.

No obstante el pronunciamiento anterior, el artículo 16 de la LAU dispone expresamente que «el arrendamiento quedará extinguido», sin necesidad de instar previamente una declaración de resolución del contrato y, por lo tanto, debería admitirse el desahucio por precario: al extinguirse *ipso iure* el arrendamiento, el inquilino posee sin justo título de posesión –posee en precario–, salvo que exista controversia en cuanto al cumplimiento de los requisitos de subrogación; por ejemplo, por cuestionarse si existió o no previa notificación de la voluntad de subrogación<sup>(17)</sup>. Eso sí en los casos en los que sobrevivan parientes con derecho a subrogarse *mortis causa* en el arrendamiento, el arrendador deberá esperar el plazo legal de tres meses sin notificación para poder instar el desahucio por precario.

Asimismo, transcurridos los tres meses computados desde el fallecimiento del arrendatario sin que ninguno de los parientes con derecho a la subrogación hubiesen notificado o manifestado su voluntad de subrogarse en el contrato de arrendamiento, el arrendador podrá reclamar las rentas devengadas durante dicho plazo a cualquiera de los parientes que hubieran podido suceder al arrendatario, salvo que durante el mes siguiente al fallecimiento hubiesen renunciado expresamente a su facultad de subrogación. En efecto, el artículo 16.3 de la LAU prevé que todos aquellos quedarán solidariamente obligados al pago de las rentas.

A la luz de todo lo expuesto, la subrogación *mortis causa* aunque no se configura expresamente como una norma protectora de la vivienda familiar *post mortem*, cumple dicha función indirectamente, pues el cónyuge viudo podrá continuar en la vivienda familiar tras el fallecimiento del arrendatario subrogándose en su posición. No en balde el cónyuge viudo es preferido frente a cualquier otro pariente del arrendatario, de acuerdo con el orden legal de prelación *ex* artículo 16 de la LAU.

---

(17) Cfr. SAP de Barcelona (Sección 4.ª) 659/2019 de 26 junio.

## 2. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., «La subrogación del arrendatario de vivienda en la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 696, 2006, pp. 1331-1360.
- ARGELICH COMELLES, C., «La naturaleza ganancial o privativa del arrendamiento de la vivienda familiar», *Revista de Derecho Civil*, vol. 3, núm. 4, 2016, pp. 125-150.
- CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 15 y 16 de la Ley de arrendamientos urbanos», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2020, pp. 569-594.
- COBACHO GÓMEZ, J. A., «El requisito de la notificación por escrito al arrendador del fallecimiento del arrendatario para que se produzca la subrogación de su cónyuge en los contratos de arrendamientos urbanos», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, vol. 10, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018, pp. 35-44.
- FUENTES-LOJO RIUS, A., «Novedosa doctrina jurisprudencial relativa a la subrogación por fallecimiento del arrendatario de vivienda de renta antigua», *Actualidad Civil*, núm. 9, 2018, pp. 1-6.
- GOMÁ LANZÓN, I., «Desahucio por precario entre coherederos. Legitimación de la legataria del usufructo universal de la herencia y copropietaria del inmueble sobre el que se ejercita la acción», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Vol. 6, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, pp. 711-722.
- GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Comentario al artículo 16 de la Ley de arrendamientos urbanos: muerte del arrendatario», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos: (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 438-503.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Artículo 12. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario», en *Comentarios a la ley de arrendamientos urbanos*, Lex Nova, Valladolid, 2014 (otras ediciones).
- «Inaplicación de las normas sobre titularidad de los bienes gananciales a los inquilinatos: Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2014», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 6, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, pp. 57-70.
- KARRERA EGIALDE, M. M., y ALONSO CAMINA, G., «Comentario a la Sentencia de 3 de abril de 2009. Arrendamientos Urbanos. Cotitularidad del contrato. Subrogación. Bienes gananciales», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82, 2010, pp. 263-286.
- PASQUAU LIANO, M., «Comentario al artículo 16 de la Ley de arrendamientos urbanos», en *Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 379-392.
- PÉREZ UREÑA, A. A., *El arrendamiento de vivienda: subrogación «mortis causa»*, Comares, Granada, 1999.
- QUICIOS MOLINA, M. S., «Comentario a la Sentencia de 30 mayo 2012», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 92, 2013, pp. 139-158.



B. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA» EN LA VIVIENDA ARRENDADA

- RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Observaciones sobre el contrato de arrendamiento urbano concertado por un cónyuge durante la vigencia de la sociedad de gananciales», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 5, 1987, pp. 427-442.
- VELA TORRES, P. J., «Subrogación de arrendamiento a pesar de la falta de notificación escrita», *Diario La Ley*, núm. 9303, 2018.



## C. Protección de la vivienda familiar en los derechos civiles autonómicos

**Clara Gago Simarro\***

*Profesora Permanente Laboral de Derecho Civil,  
Universidad de Oviedo*

**Resumen:** *La especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa a la vivienda familiar no se extiende tras el fallecimiento de uno de los cónyuges, (a salvo el derecho de predetracción); momento en el que según doctrina jurisprudencial la vivienda pierde el carácter familiar. A diferencia del derecho civil común, los legisladores autonómicos han previsto medidas de protección mortis causa a fin de asegurar que el cónyuge viudo pueda continuar temporal o indefinidamente residiendo en la vivienda de la familia titular del otro cónyuge tras su fallecimiento.*

**Abstract:** *The special protection that the legal system grants to the family dwelling does not extend after the death of one of the spouses (except for the right of predetractation), at which time, according to case law, the dwelling loses its family character. Unlike the common civil law, the autonomous*

---

\* El trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación I+D+i «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. IP: Matilde CUENA CASAS (PID 2021-124953NB-I00).



*legislators have foreseen measures of protection mortis causa to assure that the widowed spouse can continue temporarily or indefinitely residing in the dwelling of the family owned by the other spouse after his/her death.*

**Palabras clave:** *Vivienda familiar, fallecimiento, cónyuge viudo, derechos mortis causa.*

**Keywords:** *family dwelling, death, widowed spouse, mortis causa rights.*

**Sumario:** 1. Protección de la vivienda familiar en los derechos civiles autonómicos. 1.1 Año de viudedad en el Derecho civil de Cataluña. 1.2 Derecho real de habitación en el Derecho civil del País Vasco. 1.3 Legítima del cónyuge viudo y derecho de atribución preferente en el Derecho civil de Galicia. 1.4 Usufructo universal en los Derechos civiles de Aragón y Navarra. 1.5 Usufructo universal capitular en el Derecho civil de las Islas de Formentera e Ibiza. 2. Bibliografía.

## 1. PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS DERECHOS CIVILES AUTONÓMICOS

La falta de una norma específica en el derecho civil común de protección de la vivienda familiar en caso de fallecimiento del cónyuge titular difiere de lo acaecido en los derechos civiles autonómicos que prevén distintos mecanismos con la finalidad de salvaguardar los intereses del cónyuge viudo –no propietario–. Esta protección sobre la vivienda familiar se articula especialmente a través de dos mecanismos diferenciados: por un lado, a través de un derecho familiar y temporal que permite al cónyuge adaptarse a su nueva situación de viudedad y, por otro, a través de un derecho real limitado de goce que faculta al cónyuge viudo a continuar en la vivienda mientras subsista la *familia*.

### 1.1 Año de viudedad en el Derecho civil de Cataluña

La protección de la vivienda familiar por fallecimiento del cónyuge propietario se articula en el derecho civil catalán a través del denominado año de viudedad (*any de viduïtat*) que permite al viudo no propietario continuar en la vivienda familiar durante el plazo de un año computado

desde el fallecimiento de su cónyuge<sup>(1)</sup>. Esta prerrogativa se regula expresamente en el artículo 231-31 del Código Civil, a cuyo tenor «durante el año siguiente a la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, el superviviente no separado legalmente o de hecho que no sea usufructuario universal del patrimonio del premuerto tiene derecho a continuar usando la vivienda conyugal».

El fundamento legal del año de viudedad se encuentra en la comunidad de vida, tal y como recoge la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de julio de 2018, a cuyo tenor el fundamento legal «reside en la comunidad de vida instaurada con el matrimonio, de carácter legal, intransmisible y temporal»<sup>(2)</sup>. Se configura como un derecho al servicio del cónyuge viudo para poder disponer de un tiempo razonable a los efectos de poder organizar su vida tras el trágico acontecimiento y no tener que desalojar inmediatamente el inmueble donde reside<sup>(3)</sup>. Con base en dicho fundamento, el año de viudedad se concede a cualquier cónyuge sin necesidad de que exista o pueda probar una situa-

---

(1) La vivienda familiar debe ser propiedad del cónyuge fallecido, pues «si la ocupación de la vivienda se llevaba a cabo durante la convivencia sin título que diera derecho a ella, fenecido aquél a quien se le consentía, el otro no puede pretender ostentar derecho para continuarla que pueda ser opuesto con éxito a la acción de desahucio por precario» [STSJ de Aragón de 7 de abril de 2015]. Esta conclusión resulta conforme con la doctrina jurisprudencial relativa a la colisión del derecho de uso de la vivienda familiar *ex* artículo 96 CC y la propiedad de la vivienda por un tercero (STS plenaria 18 enero 2010 y STS 14 marzo 2013).

(2) A este respecto, la SAP de Barcelona (Sección 14.ª) de 20 de diciembre de 2005 declara que «el any de plor otorga el derecho al cónyuge de vivir en la vivienda conyugal, y de proveerse de las cosas necesarias para la vida durante el primer año de viudedad con cargo a la herencia. [...] a fin de que durante el año siguiente al fallecimiento el cónyuge viudo goce del *status* económico igual al que venía manteniendo durante la vida conyugal, disfrutando del domicilio conyugal y de los alimentos necesarios para la subsistencia» (*cfr.*, asimismo STSJ de Cataluña de 8 de junio de 1993).

En este mismo sentido, Gete-Alonso Calera al analizar las novedades del año de viudedad en el Código Civil catalán que se reconoce también al viudo, así como al conviviente supérstite de una pareja de hecho, concluye que el fundamento de dicho derecho es «sin duda la situación de comunidad de vida instaurada a partir del matrimonio (negocio formal) o de la pareja estable institucionalizada» (GETE-ALONSO CALERA, M. C., 2014, p. 513). Este parece ser el fundamento señalado por Puig Blanes, F. P.; Sospedra Navas, F. J.; López Pulido, J. P.; Holgado Esteban, J., y Panisello Martínez, J., al declarar que «con este beneficio se trata de lograr que durante el año siguiente al fallecimiento, el cónyuge viudo goce del estatus económico igual al que venía manteniendo durante la vida conyugal», (PUIG BLANES, F. P.; SOSPEDRA NAVAS, F. J.; LÓPEZ PULIDO, J. P.; HOLGADO ESTEBAN, J., y PANISELLO MARTÍNEZ, J., 2020, p. 333). Por su parte, Cortada Cortijo considera que «constituyendo un derecho no excesivamente gravoso para los herederos y, teniendo en cuenta su duración tan limitada, parece acertada la opción del legislador por su pervivencia, atendiendo al beneficio personal, emocional, social (y también, evidentemente, patrimonial) que reporta al viudo o la viuda» (CORTADA CORTIJO, N., 2018, p. 54).

(3) *Cfr.* ZAHINO RUIZ, M. L., Madrid, 2010, p. 430. Del tenor literal del referido precepto se deriva el derecho a continuar en la vivienda familiar propiedad exclusiva del otro cónyuge, por lo que parece exigirse como requisito que el cónyuge viudo residiese en dicho inmueble antes del fallecimiento de su cónyuge, pudiendo *continuar* durante el plazo de un año.



ción de necesidad, a diferencia de lo que acontece con el derecho *mortis causa* de alimentos (*cfr.* artículo 231-31 CCCat)<sup>(4)</sup>.

La comunidad de vida como fundamento del año de viudedad justifica la exclusión del referido derecho en los casos en los que existía una separación de hecho o legal al tiempo de fallecimiento, así como la extinción prematura del derecho en los casos en los que el cónyuge viudo se casa o pasa a vivir maritalmente con otra persona tras la apertura de la sucesión, pero antes de cumplirse el año natural. En ambos supuestos se produce una ruptura de la comunidad de vida (anterior o posterior al fallecimiento) que trae como consecuencia la extinción del beneficio o derecho conferido<sup>(5)</sup>.

Como notas características del año de viudedad puede destacarse su origen *ex lege*, su carácter temporal y su naturaleza familiar. Como derecho *ex lege* no requiere de una previsión a tal efecto por el causante en su testamento o pacto sucesorio ni puede ser excluido total o parcialmente por voluntad en contra: es un derecho legal que nace automáticamente por el fallecimiento del causante<sup>(6)</sup>. Como derecho temporal se extingue en todo caso cumplido el primer año computado desde el fallecimiento del causante (de fecha a fecha). Esto significa que solo puede disfrutarse durante el primer año y, por lo tanto, no se puede hacer valer ni pretender su satisfacción en un plazo posterior<sup>(7)</sup>: terminado el año natural desde la

---

(4) El artículo 231-31 CCCat, junto con el derecho a continuar en el uso de la vivienda familiar durante el año siguiente al fallecimiento, establece el derecho del cónyuge viudo a ser alimentado con cargo al patrimonio del fallecido. Como señala Cortada Cortijo «bajo la expresión *año de viudedad* encuentran cobijo dos derechos distintos: por un lado, el derecho a *continuar* usando la vivienda familiar durante un año desde el fallecimiento del cónyuge premuerto; por otro, el derecho a ser alimentado con cargo al patrimonio de dicho cónyuge, de acuerdo con el nivel de vida mantenido hasta su fallecimiento y con la importancia del patrimonio del mismo» (CORTADA CORTIJO, N., 2018, p. 51). Esta prerrogativa, según opinión de Zahino Ruiz, no es un derecho de alimentos, sino «una atribución legal consistente en un derecho de crédito de carácter personalísimo, cuyo nacimiento y adquisición se produce simultáneamente en el momento de la apertura de la sucesión» (ZAHINO RUIZ, M. L., 2011, p. 245).

Sobre el derecho del cónyuge viudo a ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto, Espiau Espiau declara que «admite una doble configuración, según cuál sea la posición que ocupen uno y otro en la sucesión del mismo. Si son sus herederos, durante el año de viudedad pueden retener los bienes de los que son titulares que sean precisos para sufragar sus necesidades y destinarlos a esta finalidad; mientras que, si no lo son, pueden reclamarlos de quienes lo sean, ostentando, pues un derecho de crédito frente a ellos», (ESPIAU ESPIAU, S., 2016, p. 848).

(5) La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por matrimonio o por la existencia de una convivencia marital con otra persona resulta conforme con la doctrina jurisprudencial que estima la pérdida del carácter familiar de la vivienda por la convivencia marital con un tercero y, por ende, la extinción del derecho de uso *ex* artículo 96 CC (*Cfr.* STS plenaria de 20 noviembre 2018 ssTS 29 octubre 2019 y 23 septiembre 2020).

(6) *Cfr.* GETE-ALONSO CALERA, M. C., 2014, p. 511.

(7) Como argumenta la STSJ de Cataluña de 26 de julio de 2018 «*en el nostre cas, la indicació temporal de l'article 231-31.1 CCCat al·ludeix a la durada d'un dret substantiu de caire familiar; i no a un poder o facultat de configuració jurídica. En conclusió, la temporalitat del dret sancionat a l'article 231-31 CCCat no es pot confondre amb el termini per al seu exercici,*

muerte del causante se extingue automáticamente con independencia de si el cónyuge viudo lo disfrutó o no<sup>(8)</sup>.

El carácter familiar del derecho analizado se deduce de su concreta ubicación en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia, dentro de las normas de régimen matrimonial primario y, por lo tanto con independencia de cuál haya sido el régimen económico del matrimonio. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de julio de 2018 declara que «en la actualidad, el año de viudedad ya no es propiamente un correctivo del régimen de separación de bienes, como se deduce de su regulación dentro del llamado régimen económico matrimonial primario (capítulo I del título III del libro segundo), de modo que nace con independencia del régimen económico al que estaban sometidas las relaciones patrimoniales de los cónyuges». Asimismo, el propio artículo 231-31.1 *in fine* del Código Civil reconoce que el año de viudedad es un derecho independiente de todos los que pudieran corresponderle al cónyuge por la sucesión de su pareja. Ello significa que el año de viudedad no se computará en el haber hereditario del cónyuge viudo, sino al contrario, tendrá derecho a usar la vivienda familiar durante un año natural además de recibir lo que por herencia le corresponda<sup>(9)</sup>.

Ahora bien, en aquellos casos en los que el cónyuge viudo sea instituido usufructuario universal o se le adjudique algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, el año de viudedad quedará vaciado de contenido<sup>(10)</sup>. No cabe duda de que si el cónyuge adquiere *mortis causa* la propiedad del inmueble –por ejemplo, a través de un legado de cosa específica y

---

*que resta sotmès a les regles generals del capítol I del títol II del llibre primer del Codi*». En efecto, Espiau Espiau estima que «no se trata de un plazo de prescripción o caducidad, sino de existencia y vigencia del propio derecho: por esta razón, transcurrido este plazo de tiempo sin que se haya ejercitado, ya no se puede hacer valer ni pretender su satisfacción» (ESPIAU ESPIAU, S., 2011, p. 22310).

(8) Por este motivo, la SJPI núm. 3 de Santa Coloma de Gramenet de 29 de septiembre de 2019 (JUR 2020, 353379) estima la acción de desahucio por precario ejercitada por las herederas de la causante frente a la pareja de hecho de su madre fallecida. Pese a que se confirmó la condición de pareja de hecho del poseedor de la vivienda (negado por las demandantes), el Juzgado concluyó que «dicho derecho ha vencido dado que habiendo fallecido D.<sup>a</sup> Antonia en fecha 18 de enero de 2019, el año previsto en el artículo 231-31 ha finalizado con creces a la fecha de la presente sentencia, aunque no hubiera transcurrido a la fecha de interposición de la demanda. Por ello, debe estimarse la demanda presentada por la parte actora».

(9) Como señala Miralles Bellmunt la razón de su exclusión es que el año de viudedad es un derecho de naturaleza familiar y no sucesorio y, por lo tanto, la cuantía del derecho no se incluirá en el haber hereditario, sino que se deducirá del activo de la herencia (MIRALLES BELLMUNT, M., 2016, pp. 576-577).

(10) El usufructo universal puede concederse al cónyuge viudo en la sucesión testamentaria o contractual por voluntad del causante o derivar legalmente. Debe recordarse que el cónyuge viudo será usufructuario universal en la sucesión intestada cuando concurre con hijos o descendientes del causante: «el cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable superviviente, si concurre a la sucesión con hijos del causante o descendientes de estos, tiene derecho al usufructo universal de la herencia, libre de fianza» (art. 442-3 CCCat), sin perjuicio de la posibilidad de conmutación *ex* artículo 442-5 CCCat.

determinada—, la facultad de uso absorbe el año de viudedad. Lo mismo sucederá en los casos en los que el viudo sea instituido usufructuario universal, pues al reconocerse a dicho usufructo carácter vitalicio, la facultad de uso de la vivienda familiar se extenderá más allá del año natural (*cfr.* artículo 561-16 CCCat) <sup>(11)</sup>.

Ante el reconocimiento y disfrute del año de viudedad por el cónyuge viudo se plantea quién debe asumir los gastos derivados del inmueble: el propio cónyuge que es quien reside y disfruta de la vivienda temporalmente o el patrimonio hereditario o los herederos o el heredero adjudicatario del inmueble. A falta de una previsión legal y en defecto de acuerdo entre el cónyuge viudo y los herederos del causante, la solución podrá venir dada por el origen de los gastos, viendo si se trata de gastos derivados de la posesión o gastos derivados de la propiedad: de tal modo que todos los gastos que deriven del uso del inmueble deberán ser sufragados por el cónyuge viudo usuario (gastos de suministro de electricidad, agua, basura,...), mientras que los gastos que deriven del título de propiedad deberán ser satisfechos por los herederos del causante (como pudieran ser gastos de reparación o mantenimiento, impuestos como el IBI, los gastos de comunidad, el seguro del hogar,...) <sup>(12)</sup>. Esta conclusión resulta conforme con la solución adoptada por el Tribunal Supremo en relación con los gastos de la vivienda familiar en los casos de atribución del uso del inmueble al cónyuge custodio o cuyos intereses fueran los más necesitados de protección (art. 96 CC) <sup>(13)</sup>.

Un derecho de naturaleza similar al año de viudedad se regula en el derecho civil aragonés a favor del conviviente supérstite de una pareja de hecho, reconociendo expresamente su carácter gratuito al disponer el artículo 311.2 del Código de Derecho Foral de Aragón que «el supérstite podrá, independientemente de los derechos hereditarios que se le atribuyan, residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un

(11) *Cfr.* ZAHINO RUIZ, M. L., 2010, pp. 430-431.

(12) En opinión de Gete-Alonso Claera «si durante la convivencia fue el cónyuge fallecido quien se hizo cargo de los gastos de mantenimiento y conservación de la vivienda, el uso será gratuito, pues dichos gastos deberán sufragarse con cargo al patrimonio del premuerto. En cambio sí era el supérstite quien asumía dicho pago nada podrá reclamar por ellos» (GETE-ALONSO CALERA, M. C., 2014, p. 526).

(13) En relación con la contribución a los gastos de comunidad, la STS 27 junio 2018 considera que «constituye una obligación impuesta no a los usuarios de un inmueble, sino a sus propietarios, y, además, su cumplimiento incumbe a éstos no solo por la utilización de sus servicios, sino también para la atención de su adecuado sostenimiento— se estima porque la participación en tiempo y forma en los gastos comunes, en bien del funcionamiento de los servicios generales, es una de las obligaciones del comunero, y los desembolsos derivados de la conservación de los bienes y servicios comunes no susceptibles de individualización repercuten a todos los condómino [...] Salvo previsión expresa en contrario en la sentencia que fija las medidas definitivas los gastos de comunidad correspondientes a la vivienda familiar han de ser a cargo de la sociedad de gananciales cuando sea titular de la misma con independencia de a quién se haya atribuido el uso tras la ruptura matrimonial».



año»<sup>(14)</sup>. El artículo citado regula los derechos del conviviente por fallecimiento de su pareja, entre los que se encuentra el derecho de ocupación de la vivienda familiar durante el plazo de un año<sup>(15)</sup>. Como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 7 de abril de 2015 lo que se pretende con la norma «como claramente se desprende de la dicción legal [...] es dejar a salvo el derecho de ocupación anual de los derechos adquiridos por quienes suceden al fallecido». La legislación aragonesa ha optado por una posición intermedia en relación con los derechos civiles de las parejas de hecho al reconocer cierta protección pero de menor calado que la conferida al matrimonio<sup>(16)</sup>: es por ello por lo que no amplía la viudedad aragonesa a favor del conviviente sobreviviente ni le concede derechos sucesorios (intestados ni forzosos)<sup>(17)</sup>, pero le reconoce el derecho de ocupación gratuita de la vivienda familiar durante un año (junto con el derecho al ajuar de la vivienda familiar)<sup>(18)</sup>.

---

(14) Como expone el preámbulo del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas «la consideración de pareja estable no casada requiere que los convivientes sean mayores de edad, tengan una relación de afectividad análoga a la conyugal (art. 303), no medie entre ellos ninguno de los impedimentos previstos en el artículo 306, y hayan convivido *more uxorio* durante un período ininterrumpido de dos años, como mínimo, o, alternativamente, hayan manifestado su voluntad de constituirla mediante escritura pública (art. 305.1)».

(15) Aunque el artículo 311 CDFA no especifica expresamente que el derecho de ocupación comienza a computarse desde la fecha de fallecimiento del miembro de la pareja de hecho propietario de la vivienda familiar, la SAP de Zaragoza (Sección 2.ª) 30 marzo 2005 declara que «no puede tener otra interpretación que la que de su contenido literal se deduce, es decir, que el año gratuito de residencia en la vivienda habitual se contará desde el fallecimiento del conviviente».

(16) Como pone de manifiesto el TSJ de Aragón en la sentencia analizada «el precepto ahora en cuestión proviene del artículo 9 de la derogada Ley de parejas estables no casadas, llamado a regular los derechos del supérstite en caso de que tal forma convivencia se extinga por fallecimiento de uno de sus miembros. La proposición de ley que inició la tramitación parlamentaria de aquella ley no incluía referencia alguna al derecho de ocupación que se invoca [...] Su inclusión tuvo lugar en trámite parlamentario, en el curso del que algún grupo manifestó su disgusto porque no se contemplaran derechos sucesorios del conviviente supérstite, que fue puesto de manifestó en la discusión de la enmienda núm. 32 presentada por el PAR al artículo 8, que se ocupaba de los efectos patrimoniales de la ruptura de la pareja, y condujo a una redacción transaccional que incorporaba un artículo 8. ter con el texto que en su día tuvo el artículo 9 de la Ley de parejas estables no casadas y hoy el artículo 311 CDFA, que, bajo la rúbrica que se debe al informe de la ponencia, incorporó la regulación de las consecuencias de la extinción de la unión extramatrimonial por causa de fallecimiento que la proposición de ley no contemplaba».

(17) El CDFA no equipara al conviviente supérstite con el cónyuge viudo, aunque establece una regulación específica y protectora de las parejas de hecho. En relación con la viudedad aragonesa, la propia Exposición de Motivos del CDFA pone de manifiesto que «el derecho de viudedad se adquiere con la celebración del matrimonio» (Cfr. artículo 271 CDFA), es decir, que deriva de la comunidad de vida matrimonial. La ausencia de previsión expresa de la viudedad aragonesa a favor del conviviente supérstite no ha de ser interpretada como un descuido del legislador, sino que fue plenamente consciente (Cfr. BARRIO GALLARDO, A., 2006, pp. 296-297).

(18) Curiosamente el año de *viudedad* a favor del conviviente supérstite de una pareja de hecho se recoge en el artículo 13 de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho de Andalucía: «en el supuesto de no existencia de pacto, en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el que sobreviva tendrá derecho, independientemente de los hereditarios que se atribuyan,

En resumen, el año de viudedad se configura como un derecho *ex lege* de naturaleza familiar y con eficacia *post mortem* no computable en el haber hereditario del cónyuge viudo que le permite continuar durante un año residiendo en el inmueble que constituía la vivienda familiar con la finalidad de poder reorganizar su vida. Durante el período del año, debería imputarse al cónyuge viudo todos los gastos derivados del uso de la vivienda. Transcurrido el año –de fecha a fecha– en caso de que el cónyuge no ostente ningún derecho que legitime su posesión, estará poseyendo en precario y, en consecuencia, los legítimos poseedores o propietarios podrán exigir su desalojo.

## 1.2 Derecho real de habitación en el Derecho civil del País Vasco

La protección de la vivienda familiar por fallecimiento del cónyuge propietario se satisface de manera más amplia en el Derecho Civil del País Vasco a través del reconocimiento de un derecho real de habitación *sine die* por ministerio de la ley. En efecto, el artículo 54 de la Ley de Derecho Civil del País Vasco concede al cónyuge viudo no separado legal o de hecho «un derecho de habitación en la vivienda conyugal»<sup>(19)</sup>, *además o como complemento* de su legítima<sup>(20)</sup>. La *ratio* de este derecho de habitación se encuentra en la posibilidad de que el cónyuge viudo pueda

---

a residir en la vivienda habitual durante el plazo de un año». El legislador andaluz reconoce al sobreviviente de una pareja estable no casada un derecho con eficacia *mortis causa* del que no goza el cónyuge viudo. No obstante, la constitucionalidad del referido precepto resulta cuestionable al carecer la Comunidad Autónoma de Andalucía de competencia la para regular cuestiones de Derecho civil (ex artículo 149.1.8.º CE). No en balde, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado ya en dos ocasiones declarando la inconstitucionalidad de ciertos preceptos de la normativa de parejas de hecho de las Comunidades Autónomas de Madrid y de Valencia precisamente por falta de competencia. En concreto, la STC 110/2016, de 9 de junio de 2016 declaró inconstitucional el derecho de ocupación a favor del conviviente supérstite regulado en el artículo 12 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de parejas de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana. En relación con la constitucionalidad de la norma andaluza, Cfr: GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., 2005, p. 558, CERVILLA GARZÓN, M. D., 2021, pp. 323-325 y GAGO SIMARRO, C., *RDC*, 2020, pp. 397-400.

(19) El artículo 54 LDCPV puesto en conexión con el artículo 55 LDCPV determina que será beneficiario del derecho de habitación el cónyuge no separado judicial o de hecho si consta fehacientemente, salvo que expresamente el causante permita al cónyuge separado beneficiarse del derecho de habitación: «salvo disposición expresa del causante, carecerá de derechos legitimarios y de habitación en el domicilio conyugal o de la pareja de hecho, el cónyuge separado por sentencia firme o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, o el cónyuge viudo que haga vida marital o el miembro superviviente de la pareja de hecho que se encuentre ligado por una relación afectivo-sexual con otra persona».

(20) De acuerdo con el artículo 52 LDCPV, el cónyuge viudo tiene derecho al usufructo de la mitad (si concurre con descendientes) o de dos tercios (en caso contrario) de la herencia: «1. El cónyuge viudo [...] tendrá derecho al usufructo de la mitad de todos los bienes del causante si concurriere con descendientes. 2. En defecto de descendientes, tendrá el usufructo de dos tercios de los bienes».

mantener «su estatus de vida familiar con una continuidad en el tiempo y en el espacio en el que ha venido realizando su vida habitual»<sup>(21)</sup>.

El derecho de habitación *ex lege* se configura como una medida directa de protección de la vivienda familiar por fallecimiento del cónyuge propietario que permite al cónyuge viudo continuar en dicha vivienda. El derecho de habitación de la vivienda familiar es el mecanismo que más se asemeja a la regla especial de atribución del uso de la vivienda en casos de crisis matrimonial *ex* artículo 96 del Código Civil. No obstante, desde la perspectiva de los herederos del cónyuge viudo puede resultar una medida extremadamente perjudicial, pues verán limitadas sus facultades de uso y disfrute *a priori* hasta el fallecimiento del viudo.

Ahora bien, como este derecho se fundamenta en la comunidad de vida instaurada por el matrimonio queda supeditado a la existencia de *comunidad o familia* y, en consecuencia, quedará extinguido en los casos en los que el cónyuge viudo contraiga nuevo matrimonio, haga vida marital, constituya una pareja de hecho o tenga un hijo con un tercero (art. 54 LDCPV). Como puede observarse, aunque el derecho de habitación a favor del cónyuge viudo surge con vocación de permanencia –con carácter vitalicio–, podrá extinguirse anticipadamente si el habitacionista rompe con la *comunidad familiar* al comenzar una vida marital o familiar con un tercero.

De acuerdo con el artículo 54 de la Ley de Derecho Civil del País Vasco parece que el único requisito legal para la concesión del derecho de habitación a favor del cónyuge viudo es que éste *se mantenga en estado de viudedad*. Si bien, al configurar la protección de la vivienda familiar *mortis causa* a través de un derecho real de habitación puede parecer que el cónyuge viudo solo podrá beneficiarse de tal derecho caso de probar una situación de necesidad de habitación como consecuencia del fallecimiento de su pareja. Pese a que dicho requisito no consta expresamente en el artículo 54 de la Ley de Derecho Civil del País Vasco, el derecho de habitación responde explícitamente a dicha necesidad de habitación del habitacionista o las de sus familiares<sup>(22)</sup>. Por lo tanto, junto al requisito legal de mantener la situación de comunidad

---

(21) Cfr. URRUTIA BADIOLA, A. M., *RCDI*, núm. 783, 2021, p. 229. En parecidos términos, Galicia Aizpurua señala que «parece intención del legislador configurar este último como una suerte de plus o añadido con respecto a aquel» (GALICIA AIZPURUA, G., *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2016., p. 3).

(22) En defecto de norma expresa en el derecho civil del País Vasco, cabe destacar el artículo 524 CC, a cuyo tenor «la habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia». De acuerdo con la definición legal del derecho de habitación queda claro que dicho derecho real limitado se constituye para satisfacer las necesidades de habitación del habitacionista o su familia. Así, «las necesidades del habitacionista y su familia determinan la extensión de su derecho, esto es, el máximo de piezas que comprenderá en una vivienda ajena» (CLEMENTE MEORO, M. E., 2013, p. 4162).

familiar *post mortem*, debería exigirse la concurrencia de una situación de necesidad de habitación del viudo acaecida como consecuencia del fallecimiento de su cónyuge<sup>(23)</sup>.

La exclusión del derecho de habitación *ex* artículo 54 de la Ley de Derecho Civil del País Vasco en los casos en los que el cónyuge viudo carece de una situación de necesidad no le priva en todo caso de poder continuar en la vivienda familiar, pues ello será posible si se imputa o conmuta el usufructo de legítima sobre dicho inmueble (arts. 52 y 53 LDCPV) o el testador dispone a su favor del usufructo universal de todos sus bienes (art. 57 LDCPV)<sup>(24)</sup>.

Finalmente, cabe destacar que la Ley de Derecho Civil del País Vasco conserva el año de viudedad sobre el caserío<sup>(25)</sup>. Este derecho se regula expresamente en el artículo 146 de la Ley de Derecho Civil del País Vasco, a cuyo tenor «el cónyuge viudo que hubiera venido al caserío del premuerto tendrá, mientras se conserve en tal estado, el derecho de continuar en él durante un año y día, sin perjuicio de los demás derechos que le correspondan por disposición legal o voluntaria»<sup>(26)</sup>. Para que pueda

---

(23) Podría pensarse que la aplicación supletoria del derecho civil común exigiría causa de necesidad para poder reconocer el derecho de habitación a favor del viudo. Sin embargo Urrutia Badiola considera que dicha normativa no debe aplicarse *stricto sensu*, sino que debe adaptarse a la finalidad familiar o convivencial que inspira el derecho de habitación. Ello significa que no solo debe reconocerse en los casos en los que el viudo acredite una necesidad de habitación (URRUTIA BADIOLA, A., *RCDI*, núm. 783, 2021, p. 231).

(24) Como señala la SAP de Vizcaya (Sección 3.ª) 10 marzo 2022 «conforme dispone la Ley 5/2.015 el artículo 56 determina la intangibilidad de la legítima cuando señala que no podrá imponerse a los hijos y descendientes, sustitución o gravamen que exceda de la parte de libre disposición a no ser en favor de sucesores forzosos, la no afectación de la intangibilidad de la legítima de los derechos reconocidos al cónyuge viudo señalando el artículo 57 como el causante (como aquí acontece) podrá disponer a favor del cónyuge del usufructo universal, legado que resulta incompatible con el de la parte de libre disposición elección que en su caso corresponde al cónyuge viudo. Estos preceptos en definitiva están dando a favor de la viuda un usufructo que como el Testador dispuso, afecta al usufructo de los bienes inmuebles que en definitiva se otorga a la viuda».

(25) «El caserío es una explotación agrícola o ganadera familiar constituida por una casa de labor, con diversos elementos muebles, semovientes, derechos de explotación, maquinaria, instalaciones y una o varias heredades, tierras o montes. Estas tierras o heredades pueden o no estar contiguos a la casa de labor y reciben la denominación de pertenecidos del caserío; Se entenderá comprendido en el concepto de caserío los terrenos ondazilegis» (arts. 97 y 98 LDCPV). El artículo 151 de la Ley 3/1999, de 16 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa disponía que «que se entenderá por caserío el conjunto formado por la casa destinada a vivienda y cualesquiera otras edificaciones, dependencias, terrenos y ondazilegis anejos a aquélla, así como el mobiliario, semovientes y máquinas afectos a su explotación, si fuere objeto de ésta».

(26) El artículo 146 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco extiende a todo el territorio del País Vasco el derecho a ocupar el caserío a favor del cónyuge viudo que tradicionalmente reconocía el Fuero Civil de Gipuzkoa, pero de manera más restringida, pues se limita al derecho de ocupación del caserío durante el primer año tras el fallecimiento del causante, a diferencia del derecho de habitación que regulaba el artículo 159 de la Ley 3/1999, de 16 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa. Precisamente al reconocerse un derecho de habitación a favor del cónyuge viudo en el referido precepto, Galicia

concederse esta prerrogativa se exige que el matrimonio no separado de hecho o legal estuviese casado en régimen de comunicación foral, hubiese fallecido el propietario sin descendencia común y el cónyuge viudo se mantenga en estado de viudedad durante el plazo del año.

### 1.3 Legítima del cónyuge viudo y derecho de atribución preferente en el Derecho civil de Galicia

En el derecho civil de Galicia, la legítima del cónyuge viudo se materializa en el usufructo de la cuarta parte –si concurre con descendientes– o de la mitad –si es el único legitimario– del caudal hereditario. Pese a que la legítima se configura en usufructo sobre una parte alícuota de la herencia, la continuidad del cónyuge viudo en la vivienda familiar podrá materializarse a través de dos mecanismos: con carácter preferente, a través de la facultad conferida al testador de atribuir al cónyuge en pago de su legítima el usufructo o la propiedad de determinados bienes hereditarios (en este caso, la vivienda familiar)<sup>(27)</sup>; y, en defecto de ello, a través del derecho de adjudicación preferente concedido al cónyuge viudo, pudiendo a tal efecto adjudicarse el uso y disfrute de la vivienda familiar<sup>(28)</sup>. Se trata de un mecanismo sucesorio que, en defecto de la voluntad del causante, permite al cónyuge viudo optar por hacer efectiva su legítima usufructuaria sobre la vivienda habitual titularidad del causante, si bien «en tanto no exceda de su cuota usufructuaria», tal y como señala el artículo 257 de la Ley de Derecho Civil de Galicia<sup>(29)</sup>.

---

Aizpurua cuestiona el derecho temporal de ocupación del caserío: «no se entiende muy bien, habida cuenta del artículo 54 LDCV, por qué el legislador ha conservado este régimen especial, que ahora ha devenido comparativamente discriminatorio» [«La nueva legítima vasca (GALICIA AIZPURUA, G., *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2016)].

(27) Peña López considera que las atribuciones realizadas por el causante se entenderán imputables a la legítima del cónyuge viudo, salvo que el atribuyente manifieste lo contrario por interpretación conjunta de los artículos 253 y 245 LDCG (PEÑA LÓPEZ, J., 2008, p. 1107).

(28) El artículo 357 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia dispone expresamente que «en tanto no exceda de su cuota usufructuaria, el cónyuge viudo podrá optar por hacerla efectiva sobre la vivienda habitual... Este derecho es preferente a la facultad de conmutar que atribuye a los herederos el artículo anterior».

(29) A diferencia de la normativa anterior, el artículo 257 LDCG resulta aplicable en la sucesión testada e intestada y con independencia del régimen económico del matrimonio (Cfr: REBOLLEDO VARELA, A. L., 2010, pp. 572-574). Ahora bien, como señala Peña López la posibilidad de ejercitar la facultad de concreción del cónyuge viudo está condicionada a la concurrencia de dos presupuestos: por un lado, que el testador no hubiese ejercitado su facultad de atribuir por cualquier título la legítima del cónyuge viudo y, por otro, que la cuota usufructuaria que legalmente le corresponde al cónyuge sea suficiente para comprender dentro de ella el usufructo de la vivienda familiar (PEÑA LÓPEZ, J., 2008, p. 1115).





El derecho de adjudicación conferido al cónyuge viudo tiene carácter preferente sobre la facultad de conmutación del usufructo atribuida a los herederos del causante *ex* artículo 256 de la Ley de Derecho Civil de Galicia<sup>(30)</sup>. Este derecho se asemeja al artículo 1406 del Código Civil, aunque con un contenido más amplio al no situarse en sede de liquidación de la sociedad de gananciales por muerte del cónyuge propietario, sino como norma sucesoria que regirá con independencia del régimen económico matrimonial. Conforme con ello, el cónyuge viudo podrá continuar en la vivienda familiar que era propiedad del cónyuge fallecido, bien por voluntad expresa de éste o, en su defecto, si opta por hacer efectiva su cuota usufructuaria sobre dicho inmueble con independencia de cuál sea la voluntad de los herederos del causante.

#### 1.4 **Usufructo universal en los derechos civiles de Aragón y Navarra**

En los derechos civiles de Aragón y Navarra, pese a que no se contempla una norma específica de protección de la vivienda familiar a favor del cónyuge superviviente, éste podrá continuar residiendo en el domicilio conyugal tras el fallecimiento de su pareja al adjudicársele *ex lege* el usufructo universal y vitalicio del patrimonio del causante.

El derecho civil aragonés atribuye *ope legis* al cónyuge viudo el usufructo universal y vitalicio del patrimonio del causante a través de la denominada viudedad aragonesa. La viudedad aragonesa surge como consecuencia del matrimonio y se articula en dos fases o momentos diferenciados: la primera fase que se desenvuelve durante el matrimonio, cada uno de los cónyuges adquiere un derecho expectante sobre todos los bienes comunes y los privativos del otro cónyuge; y, la segunda fase que surge por el fallecimiento de uno de los cónyuges, atribuyendo al otro el derecho de usufructo sobre «todos los bienes del premuerto, así como de los

---

(30) En efecto, como señala Carballo Fidalgo «la amplia facultad de conmutación que el artículo 256 LDCG reconoce a los herederos, cuya procedencia se condiciona en la ley gallega a un doble presupuesto: que no haya sido prohibida por el causante, quien puede así preservar el derecho del viudo a una *pars bonorum*, y que el viudo no opte por ejercer el derecho –reconocido por el artículo 257– de hacer efectiva su legítima sobre la vivienda habitual, el local en que ejerciese su profesión o la empresa que viniese desarrollando con su trabajo, derecho que el precepto declara preferente a la facultad de conmutación de los herederos. De no darse ninguno de los supuestos descritos, corresponde a los herederos –en los términos del artículo 256– la decisión de conmutar y la elección de la modalidad de pago, de entre las recogidas en el artículo 255, pero requerirá el consentimiento del viudo la determinación de los bienes o derechos en que ha de concretarse su legítima, decidiendo en su defecto la autoridad judicial» (CARBALLO FIDALGO, M., 2016, p. 681).

enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad» (art. 283 CDFA) <sup>(31)</sup>.

La viudedad aragonesa se configura como un derecho de naturaleza familiar, pues es la celebración del matrimonio la que determina su nacimiento –con independencia del régimen económico del matrimonio (art. 271.3 CDFA) <sup>(32)</sup>– con la finalidad de asegurar al cónyuge sobreviviente una posición equivalente a la que tenía constante el matrimonio <sup>(33)</sup>. Que la viudedad aragonesa tiene naturaleza familiar, parece derivarse del propio artículo 271 del Código de Derecho Foral de Aragón al disponer que «la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca» <sup>(34)</sup>.

---

(31) De acuerdo con la RDGSJFP 21 septiembre 2021 «el derecho de viudedad, ya se encuentre en su primera fase –derecho expectante– o en la segunda –usufructo viudal–, es un beneficio legal o gravamen real que es oponible a terceros sin necesidad de inscripción en el Registro, al igual que ocurre con determinadas limitaciones, servidumbres aparentes y prohibiciones legales que pesan sobre las fincas o con los retractos legales. Lo que cohonesta con la especial protección que le concede el artículo 16.2 CC, si bien con la excepción de la protección al *adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho*. En definitiva, el derecho existirá con independencia de lo que publique el Registro de la Propiedad y del régimen económico-matrimonial del titular».

(32) A este respecto, la propia Exposición de Motivos del CDFA pone de manifiesto que «la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca, con independencia del régimen económico de su matrimonio y como efecto de la celebración de éste en todo caso. Este criterio, acorde con el Derecho tradicional y vivido así en nuestros días, armoniza con la declaración contenida en el artículo 271, según el cual el derecho de viudedad es compatible con cualquier régimen matrimonial, y con la referencia que hace el artículo 205 a la conservación del derecho de viudedad también cuando resulta aplicable el régimen de separación, único caso en el que podría suscitarse alguna duda y en el que, naturalmente, cabe la renuncia a la viudedad si los cónyuges así lo desean» (el propio artículo 205 CDFA dispone que los cónyuges podrán renunciar a la viudedad aragonesa).

(33) El derecho de viudedad durante el matrimonio, en su fase de derecho expectante, es coherente con una concepción igualitaria y participativa de la comunidad de vida conyugal, en la que ambos cónyuges comparten todas las decisiones económicas que tienen incidencia sobre la familia, en particular las más importantes y, por tanto, las relativas a la enajenación de bienes inmuebles de uno de ellos sobre los que el otro está llamado a tener usufructo. No cabe duda de que la viudedad aragonesa está íntimamente conectada con la existencia de vínculo matrimonial. Lo que supone una doble conclusión: por un lado, que la viudedad aragonesa se extinguirá por disolución del matrimonio por causa distinta al fallecimiento o declaración de nulidad del matrimonio e, incluso, por la admisión a trámite de la demanda de separación, divorcio o nulidad (art. CDFA); y por otro, que no se extiende a las parejas de hecho y, ello porque, a diferencia de otros derechos civiles autonómicos, el derecho civil aragonés no equipara las parejas de hecho al matrimonio.

No obstante, la pareja de hecho sobreviviente tiene reconocido expresamente la posibilidad de continuar en el uso de la vivienda familiar por el período de un año desde el fallecimiento de su pareja, a semejanza del año de viudedad del derecho civil catalán (art. 311.2 CDFA).

(34) Como señala Parra Lucán «la viudedad aragonesa es considerada como una institución de derecho de familia, no un derecho sucesorio [...] hoy ese carácter familiar tiene un fuerte apoyo legal. Coherentemente, el legislador aragonés ha situado la regulación de la viudedad como beneficio legal en el Libro III del CDFA. Así se explica por ejemplo que el derecho del viudo prevalezca sobre los derechos de terceros por deudas privativas postmatrimoniales contraídas por un cónyuge o que no pueda hablarse de inoficiosidad y, que el derecho del viudo se anteponga al de los legitimarios» (PARRA LUCÁN, M. A., 2011, p. 2245). Sobre la base de esta idea, la SAP de Zaragoza (Sección 4.ª) 2 diciembre 2019 de

Este carácter familiar es confirmado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.ª) de 2 de diciembre de 2019 al declarar que la viudedad aragonesa tiene una importante consecuencia en la sucesión del cónyuge, pues el caudal hereditario «se verá minorado por un derecho preexistente, no sucesorio sino familiar». De acuerdo con ello, la viudedad aragonesa surge en todos aquellos matrimonios regidos por el derecho civil aragonés, siendo por lo tanto la ley aplicable al matrimonio la que determinará el nacimiento de dicha prerrogativa<sup>(35)</sup>.

El derecho expectante que cumple una importante función de conservación de los patrimonios de los cónyuges, a fin de evitar posibles actuaciones fraudulentas, culmina con el fallecimiento de uno de ellos a través de la atribución *ope legis* al sobreviviente del usufructo universal y vitalicio del patrimonio hereditario<sup>(36)</sup>, distinguido por su carácter inalienable e inembargable (art. 273 CDFA). A este respecto, destaca la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.ª) de 2 de diciembre de 2019, a cuyo tenor «ese derecho de viudedad [...] alcanza el usufructo de todos los bienes del premuerto. Esa atribución lo es por el mero *fallecimiento*, momento desde que el *sobreviviente adquiere la posesión de los bienes afectos al usufructo viudal*».

En efecto, el usufructo viudal nace automáticamente *–ope legis–* por el fallecimiento de uno de los cónyuges sin necesidad de que concurra ningún otro requisito, adjudicándose a partir de dicho momento la posesión de todos los bienes al sobreviviente (art. 283.4 CDFA)<sup>(37)</sup>. Es por ello

---

sostiene que «no está relacionado [...] con régimen económico matrimonial alguno (lo que ahora aclara el artículo 271.3 CDFA), sino con el hecho mismo del matrimonio. Y como efecto civil que es se puede encuadrar en el régimen primario del matrimonio».

(35) Ello debe ponerse en conexión con el artículo 9.8 CC que en materia de derechos sucesorios del cónyuge viudo estipula que «los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes» y con el artículo 16.1 CC referido específicamente a la viudedad aragonesa, a cuyo tenor «el derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil». Consecuentemente, el cónyuge viudo tendrá derecho al usufructo universal por fallecimiento de su cónyuge si al tiempo de la celebración del matrimonio la ley aplicable a éste era el derecho civil aragonés. *Cfr.* SAP de Zaragoza (Sección 2.ª) 223/2003 de 14 de abril: es «nula la disposición segunda del testamento otorgado por su esposo el 16 julio 1998, en la que se reconoce a la esposa lo que legalmente le corresponda de acuerdo con el Código de Sucesiones de Cataluña [...] porque por más que la sucesión se abra por la ley de la vecindad civil del causante al tiempo de su fallecimiento (art 9.8 CC), el art 16.2 del Código Civil dispone que *el derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria*».

(36) Es más, los cónyuges pueden acordar incluso la renuncia al derecho expectante constante el matrimonio y limitar la viudedad aragonesa al usufructo universal a favor del cónyuge viudo (art. 272.2 CDFA).

(37) *Cfr.* STSJ de Aragón 5 diciembre 2019.



por lo que el cónyuge viudo tendrá derecho a continuar en la vivienda familiar propiedad exclusiva del otro cónyuge (o común) tras su fallecimiento sin necesidad de exigir o reclamar su entrega<sup>(38)</sup>.

A *priori* dicho derecho se reconoce con carácter vitalicio, salvo que los cónyuges hubiesen pactado lo contrario (art. 272 CFDA), el cónyuge beneficiario hubiese renunciado al usufructo (art. 274 CFDA) o hubiese sido privado por concurrir causa de desheredación (art. 275 CFDA) o alguna de las causas específicas de extinción contempladas en el artículo 301 CDFA, entre las que destaca contraer «nuevo matrimonio o llevar el cónyuge viudo vida marital estable» con otra persona. La viudedad aragonesa, al igual que el resto de las prerrogativas *mortis causa* contempladas en los derechos civiles autonómicos, responde a la comunidad de vida o familiar que se mantiene incluso tras el fallecimiento de uno de los cónyuges y, por ello resultará ineficaz en aquellos casos en los que el viudo rompe esa comunidad de vida contrayendo matrimonio o comenzando una vida marital con un tercero.

La posibilidad de que el cónyuge viudo pueda continuar residiendo en la vivienda familiar titularidad del causante a título de usufructuario se reconoce, asimismo, en el Fuero Nuevo de Navarra que regula el usufructo de viudedad a favor del cónyuge viudo<sup>(39)</sup>. Pese a la inexistencia de legítima material en el derecho civil navarro, el usufructo de viudedad

---

(38) Incluso el cónyuge viudo podrá recuperar el uso de la vivienda familiar en caso de haber sido enajenada por el causante a favor de un tercero sin su consentimiento y sin autorización judicial y habiendo transcurrido el plazo legal para impugnar la validez de dicha transmisión (art. 190 CDFA) al incluirse entre los bienes sujetos a la viudedad aragonesa no solo los bienes del cónyuge fallecido, sino también todos aquellos bienes enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante. A este respecto debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 16.2 CC, a cuyo tenor «el derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente». Sobre el citado precepto, Parra Lucán señala que «la norma no dice que el derecho expectante se extinga, sino que no se podrá oponer al tercero. El tercero podrá por tanto impedir que, caso de que sobreviva el cónyuge del enajenante, su usufructo le perjudique. En particular si el tercero adquiere un derecho real limitado, la viudedad subsiste en cuanto no perjudique el derecho adquirido por el tercero» (PARRA LUCÁN, M. A., 2016, p. 809).

(39) La citada ley declara, asimismo, que «al miembro sobreviviente de una pareja estable constituida conforme a lo previsto en el título VII del libro I de la presente Compilación, le serán de aplicación todas las disposiciones contenidas en el presente capítulo, cuando el usufructo le hubiera sido otorgado según lo previsto en la ley 113». Ello es así, pues el conviviente supérstite en el derecho civil de Navarra solo tendrá los derechos sucesorios «que se hubieran otorgado entre sí o por cualquiera de ellos en favor del otro, conjunta o separadamente, por testamento, pacto sucesorio, donación *mortis causa*». Como consecuencia de la STC 93/2013, de 23 abril que declaró inconstitucional el artículo 11 de 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, se introdujo una nueva regulación de las relaciones *more uxório* en el Fuero Nuevo de Navarra cumpliendo los parámetros fijados por el Tribunal Constitucional y, más concretamente, excluyendo cualquier norma imperativa. Consecuentemente, en el matrimonio el origen del usufructo de viudedad es la ley, mientras que en la convivencia extramatrimonial lo es la voluntad del conviviente fallecido.

imperativo (*usufructo de fidelidad*) limita indudablemente la absoluta libertad de testar del causante<sup>(40)</sup>. En efecto, como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 1/2021, de 20 de abril «dicho usufructo vidual viene impuesto por imperativo legal» o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 239/1999 de 1 de octubre, a cuyo tenor este usufructo se configura como «un beneficio legal ajeno totalmente a la voluntad del causante»<sup>(41)</sup>.

No obstante, no operará el usufructo vidual como límite a la libertad de testar si al tiempo del fallecimiento del causante concurre alguna de las causas tasadas en la ley 254 del Fuero Nuevo, cuales son: que al tiempo del fallecimiento no existiese convivencia efectiva al estar separados de hecho o legalmente<sup>(42)</sup>; que el cónyuge hubiese sido condenado en sentencia firme por haber atentado contra la vida del otro o de alguno de sus descendientes o por haberles causado lesiones graves, haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica, lesionado su libertad, integridad moral o libertad e indemnidad sexual o por haber cometido un delito contra las relaciones familiares; o, por último, que el cónyuge hubiese sido privado por sentencia firme de la responsabilidad parental sobre los hijos comunes (muy similares a las causas de indignidad del artículo 756 CC).

A través del usufructo legal de viudedad, el cónyuge viudo podrá continuar residiendo en la vivienda familiar, aunque no tuviese justo título de

---

(40) En este sentido, Egusquiza Balmaseda declara que «el usufructo legal de fidelidad y el derecho de igualación de los hijos de anterior matrimonio son, junto a la reserva del bínubo, límites infranqueables del amplio sistema de libertad dispositiva *mortis causa* que concede el Fuero Nuevo a los navarros» («Usufructo legal de fidelidad y derecho de igualación de los hijos de anterior matrimonio en Navarra», en *Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica*, vol. 2, Pamplona, 2016, p. 891). Es más lo considera «la más poderosa e ineludible restricción, tanto por su extensión como conformación», (EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., 2004, p. 1452). Por su parte, Torres Lana declara que el usufructo de viudedad «constituye una efectiva e intensa limitación a la libertad de disponer *mortis causa*», a diferencia de la legítima formal de los descendientes (TORRES LANA, J. A., 2020, p. 1015).

(41) Dicho usufructo se caracteriza, además de por las reglas general del usufructo, como señala la ley 253 FN por tratarse de un derecho inalienable e inembargable, pero renunciable incluso antes de que sea efectivo (el cónyuge puede renunciar al usufructo antes o después del fallecimiento del causante titular). No obstante, el AAP de Navarra (Sección 3.ª) 48/2000 de 19 de junio señala que «ello no impide, como bien dijo el Letrado de la parte apelante, que no pueda embargarse la concreta manifestación del mismo. Dicho de otro modo, la posibilidad de ser titular del usufructo de fidelidad está reservada, obviamente, al cónyuge viudo en quien se den los requisitos establecidos en sus leyes reguladoras, y ello es inembargable, como también lo es la titularidad de ese derecho real hecho ya efectivo sobre bienes concretos; ahora bien las facultades de disfrute sobre un bien concreto sí son susceptibles de embargo, sin perjuicio de resaltar que tal disfrute podrá verse afectado por las causas especiales que determinan la extinción del usufructo de fidelidad [...] es inembargable la titularidad del derecho real, aunque sí lo sea su ejercicio».

(42) Nanclares Valle pone de manifiesto el problema que puede derivarse de los supuestos de separación de hecho al no precisar la norma que dicha separación conste fehacientemente (Cfr: NANCLARES VALLE, J., *Iura vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, núm. 17, 2020, p. 358).

posesión, y ello porque tendrá derecho al uso y disfrute «sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento»<sup>(43)</sup>. Esta prerrogativa no podrá limitarse ni transformarse por voluntad de los herederos, pues éstos no podrán conmutar el usufructo, sino es mediando acuerdo con el usufructuario (ley 260 FN).

Para poder ejercitar su derecho y, por ende, usar y disfrutar de la vivienda familiar, el usufructuario deberá hacer inventario de todos los bienes<sup>(44)</sup>. Si bien, tras la reforma del Fuero Nuevo por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, el deber de formar inventario no se establece como una obligación general exigible en todos los supuestos<sup>(45)</sup>, sino que se ha limitado a tres casos tasados: cuando el causante lo hubiera establecido en testamento o escritura pública, los nudos propietarios lo requiriesen, siempre que no hubiese sido exceptuado por el causante, o cuando aquellos

---

(43) *Cfr.* Ley 255 LN que regula la extensión del usufructo de viudedad y, más concretamente, especifica los bienes excluidos: «1) los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria, salvo que el disponente establezca lo contrario, 2) los derechos de usufructo, uso, habitación u otros de carácter vitalicio y personal, 3) los bienes que el premuerto hubiere recibido por título lucrativo y con expresa exclusión del usufructo de viudedad, 4) los recibidos por donación “mortis causa”, 5) los legados piadosos o para sepelio, los que tengan por objeto la dotación de hijos u otros parientes a los que el testador se hallare obligado a dotar y los legados remuneratorios, siempre que conste la existencia del servicio remunerado, 6) los bienes que deben reservarse en favor de los hijos o descendientes de matrimonio o pareja estable anterior, 7) los adquiridos por título lucrativo con llamamiento sucesorio en favor de hijos o descendientes de anterior matrimonio o pareja estable, si estos sobrevivieren y los bienes que integren un patrimonio especialmente protegido hasta que tenga lugar su extinción conforme a la ley 45».

(44) Sobre el deber de realizar inventario, la STSJ de Navarra 9/2016, de 1 de septiembre, con cita de sentencias anteriores deja claro que «no hay sanción de pérdida del usufructo de fidelidad, cuando la inexactitud del inventario se deba a desconocimiento, olvido u error subsanable, u otro caso de fuerza mayor (ley 257), omisión que puede subsanarse bien por el propio usufructuario o a requerimiento de los herederos» (*Cfr.* STSJ de Navarra 24/2000, de 5 de octubre). Si bien dicho pronunciamiento se realiza sobre la redacción anterior de la ley 257 que no solo establecía un deber general de formar inventario, sino que especificaba expresamente que «el cónyuge viudo no adquirirá el usufructo de fidelidad»; mientras que tras la reforma operada en 2019 la referida ley dispone que «para poder ejercitar su derecho, el usufructuario deberá». Sobre esta diferente redacción, Torres Lana considera que «la redacción vigente considera la formación de inventario como condición de ejercicio del derecho, es decir, de ejercicio de un derecho preexistente que ya ostenta el viudo, por lo que cabe ya calificarle propiamente como usufructuario. Las consecuencias derivadas de una y otra versión son evidentes: en la anterior, el viudo no llegaba a acceder a la cualidad de usufructuario hasta que no realizaba el inventario; de acuerdo con la redacción actual» el cónyuge es usufructuario desde el fallecimiento del causante (TORRES LANA, J. A., 2020, p. 1032). En este mismo sentido, *Cfr.* NANCIALES VALLE, J., ob. cit., pp. 359-360.

(45) Junto con la obligación o deber de formar inventario, la ley 259 FN contempla las obligaciones específicas del usufructuario, disponiendo que, éste deberá: administrar y explotar los bienes con la diligencia que es común y razonable en el ámbito familiar, pagar los gastos de última enfermedad y de sepelio del premuerto, prestar alimentos a los hijos y descendientes del premuerto, a quienes este tuviere la obligación de prestarlos si hubiese vivido y siempre que aquellos se hallaren en situación legal de exigirlos, pagar con dinero de la herencia las deudas del premuerto que fueren exigibles, pagar todas las cargas inherentes al usufructo y abonar la prestación de compensación por desequilibrio cuando judicialmente resultare obligado a ello de conformidad con lo establecido en la ley 105.

fuesen menores de edad o personas que tuviesen establecido medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad (ley 257 FN)<sup>(46)</sup>.

El usufructo de viudedad navarro –universal y vitalicio– permite al cónyuge viudo conservar la comunidad de vida o familiar creada en vida del causante, transmitiéndole el control de la dirección familiar y de los recursos económicos que posibilitan el mantenimiento de la familia<sup>(47)</sup>. Con base en dicha consideración, el usufructo se extinguirá anticipadamente si el usufructuario contrae nuevo matrimonio, constituye pareja estable o empieza a convivir maritalmente con otra persona (ley 261 FN)<sup>(48)</sup>. En estos casos, los nudos propietarios podrán recuperar la posesión del inmueble a través del ejercicio de la acción de recuperación de la posesión (ley 263 FN).

### 1.5 Usufructo universal capitular en el Derecho civil de las Islas de Formentera e Ibiza

La posibilidad de continuar en la vivienda familiar titularidad del cónyuge fallecido –o conviviente de una pareja estable<sup>(49)</sup>– es igualmente admitida en las sucesiones en las que resulte aplicable el derecho civil balear de Mallorca y Menorca al reconocer el artículo 45.3 de la Compilación del derecho civil de las Islas Baleares el usufructo universal a favor

---

(46) La ley 257.1.3 FN en su referencia a las personas con discapacidad fue reformada por la Ley Foral 31/2022, de 28 de noviembre, de atención a las personas con discapacidad en Navarra y garantía de sus derechos. Así en protección de las personas menores de edad y en situación de discapacidad, el FN prohíbe al causante dispensar del deber de formar inventario en aquellos casos en los que concurren a la sucesión bien menores o discapacitados y la formación de inventario sea solicitada por el representante legal o el Ministerio Fiscal y el juez lo acuerde para preservar el patrimonio hereditario (ley 264.1 FN).

(47) *Cfr.* EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., 2004, p. 1454.

(48) Antes de la reforma del FN por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, la convivencia marital del usufructuario viudo era causa de privación a instancia de los nudos propietarios, y no causa de extinción automática del usufructo. Esta reforma redundaba en la idea de que el usufructo de viudedad se inspira en la continuidad de la comunidad familiar o conyugal y que, en todos aquellos casos en los que el viudo rehace su vida se entenderá extinguido el usufructo.

Por otro lado, el usufructuario también podrá perder prematuramente el derecho de usufructo universal a petición de los nudos propietarios, en los siguientes casos «1) si hubiera sido privado de la responsabilidad parental de los hijos comunes por sentencia judicial; 2) si enajenare o gravare bienes, a no ser que se hallare debidamente autorizado para ello por pacto o disposición del premuerto; 3) por incumplir de manera general las obligaciones inherentes al usufructo; y 4) si incumpliere de forma continuada alguna de las recogidas en los números 1, 3 y 6 de la misma, siempre que ello no se deba a dolo o negligencia grave, en cuyo caso el usufructo se perderá aun cuando el incumplimiento fuera puntual» (ley 262 FN).

(49) Téngase en cuenta que en el derecho civil de Islas Baleares «tanto en los supuestos de sucesión testada, como en los de intestada, el conviviente que sobreviviera al miembro de la pareja premuerto tiene los mismos derechos que la Compilación de Derecho Civil balear prevé al cónyuge viudo» (art. 13 de la Ley de Parejas Estables de las Islas Baleares).

del cónyuge viudo en caso de ser el único legitimario e, incluso, aunque concurra con descendientes o ascendientes, bien a título de legitimario del usufructo de la mitad o de dos terceras partes del haber hereditario respectivamente (art. 45 CDCIB) o como usufructuario universal y vitalicio por voluntad del testador (art. 49 CDCIB)<sup>(50)</sup>. En este último caso, los herederos del causante no podrán imponer la conmutación del usufructo *ex* artículo 839 del Código Civil –por remisión del artículo 48 *in fine* CDCIB–, pues como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares 2/2013, de 6 de mayo, «las normas sobre legítimas y conmutación del usufructo viudal no afectan al legado de usufructo universal vitalicio y no le pueden ser aplicadas».

A diferencia de cuanto acontece en el derecho civil de Mallorca y Menorca, el cónyuge viudo no es legitimario en la normativa aplicable a las Islas de Ibiza y Formentera. Esta exclusión resulta cuestionable al originar un distinto tratamiento del viudo en la sucesión de su cónyuge, fallezca éste testado o intestado, pues mientras en la sucesión testada queda absolutamente al arbitrio de la voluntad de su pareja, en la sucesión intestada si concurre con descendientes o con ascendientes tendrá derecho al usufructo de la mitad o de dos terceras partes de la herencia respectivamente (art. 84 CDCIB). Ello significa que en la sucesión testamentaria solo recibirá lo que se contenga por testamento, mientras que en la sucesión intestada sucederá como heredero universal en defecto de descendientes y ascendientes o como usufructuario, en caso contrario<sup>(51)</sup>.

No obstante lo anterior, cabe la posibilidad de que en la sucesión testamentaria el cónyuge viudo sea también beneficiario de un derecho real de usufructo pactado por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales – *espòlits*– *ex* artículo 68 de la Compilación del derecho civil de las Islas Baleares. El referido precepto contempla, aunque de forma muy sucinta, el llamado usufructo universal capitular, convenido «en *espòlits* para después de la muerte» que recae sobre la vivienda familiar y los restantes

---

(50) El referido precepto contempla legalmente la validez de la *cautela socini* al disponer que «la disposición a favor de un legitimario por valor superior a su legítima, con la expresa prevención cautelar de que, si no acepta las cargas o limitaciones que le imponen se reducirá su derecho a la legítima estricta, facultará aquel para aceptar la disposición en la forma establecida o hacer suya la legítima libre de toda carga o limitación». *Cfr.* SAP de Islas Baleares (Sección 4.ª) 503/2002 de 30 de julio.

(51) Sobre la condición de legitimario del cónyuge viudo, Garcías de España señala que «sea por lo que fuere, lo cierto es que la mayoría de la doctrina considera, *lege ferenda*, que es un primer paso para que, en una futura reforma de la CDCB, el cónyuge viudo tenga la condición de legitimario. Es lógico pensar que sea así, si partimos de la idea de que el viudo no es legitimario en Ibiza debido a una tradición jurídica propia, que a su vez proviene de una práctica habitual, y que resulta que ya no es tan habitual» (GARCÍAS DE ESPAÑA, E., *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares*, 2017, pp. 200-201).



bienes<sup>(52)</sup>. Dicho usufructo se configura como un derecho capitular y, por ende, tendrá eficacia en los casos en los que los cónyuges lo hubiesen convenido en capitulaciones matrimoniales<sup>(53)</sup>. En tales casos, se le reconoce al usufructuario la facultad para regir y gobernar la casa y todos los restantes bienes, quedando dispensado de formar inventario y prestar fianza. A diferencia del derecho real de usufructo que faculta al usufructuario a usar y disfrutar de la cosa usufructuada, el artículo 68 CDCIB asigna expresamente al viudo el derecho a regir y gobernar la casa, lo que parece dotarle de un carácter familiar atributivo del papel de gobernador de la casa familiar. Ahora bien, como contrapartida, se impone al usufructuario la obligación de prestar alimentos con cargo al usufructo a los hijos del causante, al heredero, así como a su cónyuge e hijos siempre que vivan en la casa<sup>(54)</sup>.

El usufructo universal capitular inspirado en el pacto entre los cónyuges, pero, a su vez, en la *comunidad de vida matrimonial o familiar* se extinguirá anticipadamente –con anterioridad al fallecimiento del cónyuge viudo– «cuando el usufructuario contraiga nuevo matrimonio o pareja estable, si así se acuerda en los *espòlits*» (art. 68.4 CDCIB)<sup>(55)</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, en las sucesiones en las que resulte aplicable el Derecho civil de las Islas de Ibiza y Formentera si no concurre expresa voluntad del testador o pacto entre los cónyuges, el viudo estará claramente desprotegido: en defecto de atribución patrimonial a favor de éste e inexistencia de pacto capitular, el cónyuge viudo será excluido absolutamente de la sucesión del causante. La débil posición del cónyuge se

---

(52) La Exposición de Motivos de la Ley 8/1990, de 28 de junio, de Compilación del Derecho civil de Baleares, el usufructo universal capitular justifica la regulación del usufructo universal capitular por tratarse de una «institución de gran arraigo social» que, sin embargo, carecía «hasta hoy de desarrollo normativo». No obstante, Garcías de España sostiene que «la realidad social nos muestra algo bien distinto, y es que cada vez son menos habituales los *espòlits*. De hecho, Cerdá Gimeno realizó ya un estudio estadístico en los años 70, que ponía claramente de manifiesto el declive de esta institución» (GARCÍAS DE ESPAÑA, E., ob. cit., p. 200).

(53) Conviene destacar, como así hace, Coca Payeras que «legalmente no se limita de forma expresa al ámbito conyugal, aunque en la práctica se pacta en favor del otro cónyuge en forma unilateral o recíproca. En cualquier caso, a la hora de fijar las obligaciones del usufructuario se alude al cónyuge premuerto, lo que da idea de su ámbito conyugal» (COCA PAYERAS, M. A., 2016, p. 886).

(54) Además de las obligaciones expresamente derivadas del artículo 68 CDCIB, Tur Fernández considera que el cónyuge viudo está sujeto también a las obligaciones generales como usufructuario y, por ende, tiene el deber de conservación del patrimonio usufructuado (TUR FERNÁNDEZ, M. N., 2011, p. 496).

(55) Las causas de exclusión del usufructo se incorporan al artículo 68 CDCIB por el artículo 28 de la Ley 7/2017, de 3 de agosto, por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears. Si bien, no se contempla como causa de extinción que el cónyuge usufructuario haga vida marital con un tercero. En aquellos casos en los que dicha causa no se contemple expresamente en el pacto capitular, debería entenderse también causa de ineficacia del usufructo de acuerdo con una interpretación finalista del artículo 68.4 CDCIB, al romperse en tales casos también la comunidad de vida familiar.

ve agravada en sede matrimonial, pues el régimen económico matrimonial legal supletorio de primer grado es el régimen de separación de bienes. Consecuentemente, si el cónyuge sobreviviente no gozaba de justo título de posesión con anterioridad al fallecimiento de su pareja, a partir de dicho momento poseerá el inmueble como precarista, pudiendo ser desalojado en cualquier momento por los herederos del causante.

## 2. BIBLIOGRAFÍA

- BARBA, V., «El legado *ex lege* de vivienda familiar a favor del cónyuge viudo en el derecho italiano», en *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 355-368.
- BARRIO GALLARDO, A., «Viudedad aragonesa y parejas estables no casadas», en *El nuevo derecho de familia. Modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 295-307.
- CARBALLO FIDALGO, M., «La legítima en Galicia y en Navarra», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, t. II, Thomson-Reuters, Pamplona, 2016, pp. 672-685.
- COCA PAYERAS, M. A., «Derechos del cónyuge viudo y del conviviente en las Islas Baleares», en *Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica*, vol. 2, Thomson-Reuters, Pamplona, 2016, pp. 881-888.
- CORTADA CORTIJO, N., «El año de viudedad del Derecho civil de Cataluña como medio de soporte emocional al cónyuge superviviente», en *El reto del envejecimiento de la mujer: propuestas jurídicas de futuro*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 49-59.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., «El usufructo legal de fidelidad: apuntes para una revisión», en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. 1, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 1451-1470.
- «Usufructo legal de fidelidad y derecho de igualación de los hijos de anterior matrimonio en Navarra», en *Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica*, vol. 2, Thomson-Reuters, Pamplona, 2016, pp. 889-925.
- ESPIAU ESPIAU, S., «Derechos del cónyuge viudo y del conviviente superviviente en Cataluña», en *Tratado de derecho de sucesiones. Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, t. II, Thomson-Reuters, Pamplona, 2016, pp. 835-879trt.
- FERNÁNDEZ DE BILBAO, J. J., «El derecho de habitación del viudo en la ley de Derecho civil vasco», *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, núm. 27, 2016, pp. 475-498.
- GAGO SIMARRO, C., «La atribución del uso temporal de la vivienda habitual al conviviente supérstite en Andalucía: artículo 13 de La Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho», *Revista de Derecho Civil*, 2020, pp. 397-400.



- GALICIA AIZPURUA, G. H., «La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco)», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2016.
- GETE-ALONSO CALERA, M. C., «Del año de luto al año de viudedad: una obligación hereditaria», en *Estudios de derecho de sucesiones: «Liber amicorum» Teodora F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 505-528.
- MIRALLES BELLMUNT, M., *La posició del cònjuge i del convivent en parella estable supervivent en el Dret civil de Catalunya*, tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2016.
- NANCLARES VALLE J., «La reforma del Libro Segundo del Fuero Nuevo: donaciones y sucesiones», *Iura vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, núm. 17, 2020, pp. 341-378.
- PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario a los artículos 253 a 257 de la Ley de Derecho Civil de Galicia», en *Comentarios a la Ley de derecho civil de Galicia: Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2008, pp. 1099-1118.
- PERALES SOTOMAYOR, E., y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, M., J., «El régimen económico matrimonial en Aragón», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 91-220.
- PUIG BLANES, F. P., y SOSPEDRA NAVAS, J. J. (coord.), «Comentario al artículo 231-31 del Código Civil de Cataluña», en *Comentarios al Código Civil de Cataluña* (3.º ed.), Thomson-Reuters, Pamplona, 2020, pp. 332-333.
- REBOLLEDO VARELA, A. L., «El régimen económico matrimonial en el derecho civil de Galicia», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 521-629.
- TORRES LANA, J. A., «Comentario a las leyes 253 a 266 del Fuero Nuevo de Navarra», en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2020, pp. 1013-1066.
- TUR FERNÁNDEZ, M. N., «La familia en el Derecho Civil de Baleares», en *Tratado de derecho de la familia*, vol. 7, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 479-558.
- URRUTIA BADIOLA, A., «Habitación, familia y sucesión (del derecho civil vasco al derecho privado europeo)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 783, 2021, pp. 223-276.
- ZAHINO RUIZ, M. L., «Los efectos patrimoniales post mortem del matrimonio: los derechos viduales familiares (arts. 35 y 36 del Código de familia de Cataluña)», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 423-438.
- «Los regímenes económicos matrimoniales en el Derecho Civil de Cataluña. Los derechos viduales familiares», en *Tratado de derecho de familia*, vol. 7, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, p. 225-253).

## D. Derecho de habitación en favor del legitimario en situación de discapacidad\*

**Teresa López Tur**

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil  
Universidad de las Islas Baleares  
t.lopez@uib.es*

**Resumen:** *Entre las principales preocupaciones de los familiares de las personas en situación de discapacidad se encuentra la de asegurar un entorno personal y patrimonial efectivo que garantice su debida atención ante la ausencia de dichos familiares. La Ley 41/2003 de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad introdujo diversas modificaciones en nuestro Código Civil tendentes a garantizar el acceso a la vivienda por parte de la persona en situación de discapacidad. Entre estas modificaciones se incluía una nueva redacción para el artículo 822 CC, en el que se prevé un derecho de habitación en favor del legitimario en situación de discapacidad, con el*

---

\* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR). Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00).

*objetivo garantizar la permanencia del beneficiario en la que viene siendo su vivienda habitual. Este derecho de habitación tiene unas características particulares y una serie de beneficios que solamente se harán efectivos cuando se cumpla con los presupuestos que exige el propio precepto.*

**Palabras clave:** *Derecho de habitación. Persona en situación de discapacidad. Legitimario. Legítima. Vivienda habitual.*

**Abstract:** *One of the main concerns of the relatives of persons with disabilities is to ensure an effective personal and property environment that guarantees their due care when these relatives are absent. Law 41/2003 of November 18, 2003 on the Protection of the Assets of Persons with Disabilities introduced several amendments to our Civil Code aimed at guaranteeing access to housing for persons with disabilities. These modifications included a new wording for artículo 822 Cc, which provides for a right of habitation in favor of the legitimated beneficiary in a situation of disability, which aims to ensure the permanence of the beneficiary in what has become his or her habitual residence. This right of habitation has some particular characteristics and a series of benefits that will only be effective as long as the conditions required by the precept itself are met.*

**Keywords.**– *Right of room. Legitimate. People with disability. Residence.*

**Sumario:** 1. Derecho de habitación del legitimario en situación de discapacidad. Su introducción en el código civil y las posteriores reformas. 2. Características del derecho de habitación a favor del legitimario en situación de discapacidad. 2.1 Derecho personalísimo. 2.2 Derecho intransmisible. 2.3 Derecho no computable a efectos de cálculo de legítimas. 3. Formas de constitución del derecho de habitación regulado en el artículo 822 CC. 3.1 La donación y el legado como formas de constitución voluntarias del derecho de habitación. 3.2 El legado legal del párrafo segundo del artículo 822 CC. 4. Presupuestos para la constitución del derecho. 4.1 Presupuestos subjetivos. a) Legitimario. b) Persona con discapacidad. c) Estado de necesidad. 4.2 Presupuestos objetivos. a) Convivencia. b) Vivienda habitual. 5. Contenido del derecho de habitación. 6. Derecho de habitación y concurrencia con otros derechos reales. 6.1 Derecho de habitación y derechos de atribución preferente de los artículos 1406 y 1407 CC. 7. Extinción del derecho de habitación. 7.1 Extinción por muerte del habitacionista. 7.2 Extinción por expiración de plazo por el que se constituyó. 7.3 Extinción por cumplimiento de condición resolutoria, en particular, la recuperación del habitacionista como causa de extinción. 8. Consideraciones finales. Bibliografía.



## 1. DERECHO DE HABITACIÓN DEL LEGITIMARIO EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. SU INTRODUCCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y LAS POSTERIORES REFORMAS

El artículo 47 de la Constitución<sup>(1)</sup> consagra el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, estableciendo unas normas y fomentando las condiciones necesarias para su consecución. Este mandato a los poderes públicos debe cumplirse de manera especial respecto de las personas con discapacidad, tal y como se desprende de la interpretación conjunta de los artículos 47 y 49 de nuestra Constitución.

Con apoyo en este mandato constitucional se han promulgado diversas normas con el objetivo de garantizar el acceso a una vivienda y la permanencia en ella de las personas con discapacidad.

En lo que aquí interesa, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad<sup>(2)</sup> (en adelante LPPD), introdujo importantes modificaciones en el ámbito del Derecho de sucesiones. En virtud de la citada norma, se modificó el artículo 822 del Código Civil que, desde ese momento, contempla la posibilidad de constituir un derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad. La meritada Ley no ha sido la única que ha reformado nuestro Código Civil. En los últimos años se han venido sucediendo numerosas reformas legislativas en nuestro ordenamiento jurídico con el objetivo principal de adaptar nuestras normas a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006<sup>(3)</sup>, que España ratificó en noviembre de 2007. La más importante reforma de nuestra legislación civil en materia de discapacidad se produjo con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica que, como señalan algunos autores, ha supuesto una transformación sistémica que

---

(1) Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. (BOE-A-1978-31229).

(2) Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, «BOE» núm. 277, de 19 de noviembre de 2003. (BOE-A-2003-21053).

(3) Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. «BOE» núm. 96, de 21 de abril de 2008, pp. 20648-20659 (12 pp.). (BOE-A-2008-6963).

conduce a la instauración de un nuevo paradigma en el tratamiento de las discapacidades<sup>(4)</sup>.

En lo que al artículo 822 CC se refiere, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, el precepto establece lo siguiente:

«La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario que se halle en la situación prevista en el párrafo anterior, que lo necesite y que estuviere conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.

El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación.»

Los cambios introducidos en la reforma de 2021 son meramente formales, refiriéndose ahora el texto al «legitimario que se encuentre en situación de discapacidad» frente a la redacción anterior que se refería a la «persona con discapacidad» y al «legitimario discapacitado». Podemos afirmar que el texto vigente tras la reforma de 2021 adopta un lenguaje más inclusivo y se actualiza terminológicamente con respecto a las nuevas normas sobre discapacidad, pero no introduce novedades con respecto al derecho de habitación por parte del legitimario con discapacidad.

Señalado cuanto antecede, debemos analizar, por tanto, las características del derecho de habitación a favor del legitimario en situación de discapacidad, los presupuestos que deben concurrir para que se pueda otorgar tal derecho, el contenido del mismo y sus límites.

---

(4) GÓMEZ MARTÍNEZ, C., «El papel activo del Juez en la aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica» en *Reformas legislativas para el apoyo de las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (Dirs. Lledo Yagüe, Ferrer Vanrell, Egusquiza Balmaseda, López Simó), Madrid, 2022, p. 7.

## 2. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE HABITACIÓN A FAVOR DEL LEGITIMARIO EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

El artículo 524 CC regula el derecho real de habitación «ordinario», que atribuye a su titular la facultad de ocupar las piezas de una vivienda en la medida que sea necesaria para cubrir las necesidades del titular del derecho y las de su familia. Calificado como un derecho real de goce que recae sobre cosa ajena y que es distinto del derecho de uso y del derecho de usufructo, pues tiene la finalidad exclusiva del alojamiento<sup>(5)</sup>.

El derecho real de habitación «ordinario» es considerado un derecho personalísimo e intransferible, pero además en el caso de aquel que se constituye en favor del legitimario en situación de discapacidad, no es computable a efecto del cálculo de las legítimas. Veamos tales notas características en detalle.

### 2.1 Derecho personalísimo

Como ya se ha señalado anteriormente, el artículo 524 CC establece, en su párrafo segundo *que* «La habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia». La interpretación literal del precepto nos permite afirmar que el derecho real de habitación «ordinario» tiene un carácter personalísimo.

Como apunta García Herrera<sup>(6)</sup>, este carácter personalísimo se acenúa cuando se trata de un derecho de habitación constituido en favor del legitimario con discapacidad. Y es que en el supuesto del artículo 822 CC el derecho de habitación se constituye en atención a las necesidades del legitimario y con el objetivo de procurarle un entorno personal y patrimonial adecuado a su situación.

### 2.2 Derecho intransmisible

El derecho de habitación «ordinario» se configura, *a priori*, como un derecho intrasmisible, en virtud de lo dispuesto en el artículo 525 del

---

(5) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil III, Derechos Reales*, tercera edición, Madrid, 2009, Vol. II, p. 75 ss.

(6) GARCÍA HERRERA, V., *El legado de habitación a favor de legitimario discapacitado*, Madrid, 2018, p. 63.



CC: «Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título». Este precepto encuentra apoyo en la idea de que el derecho de habitación, en su origen, cumplía un fin alimentario<sup>(7)</sup>.

Sin embargo, aunque el meritado precepto ha servido de fundamento según la doctrina y la jurisprudencia para defender la intrasmisibilidad del derecho de habitación, no podemos considerar tal afirmación como una cuestión pacífica. Mientras que el artículo 525 CC establece la intrasmisibilidad del derecho, el artículo 523 CC señala que «Las facultades y obligaciones del usuario y del que tiene derecho de habitación se regularán por el título constitutivo de estos derechos; y, en su defecto, por las disposiciones siguientes» lo que permite a autores como Albaladejo<sup>(8)</sup> afirmar que la norma recogida en el artículo 525 CC no debe ser considerada una norma de *ius cogens*, sino que se aplicará en defecto de pacto expreso en el título constitutivo del derecho de habitación<sup>(9)</sup>.

Otros autores, como Lacruz<sup>(10)</sup>, consideran que, pese al contenido del artículo 523 CC, el derecho de habitación debe ser considerado intrasmisible, puesto que la cesión de este derecho frustraría su finalidad u objeto, ya que impediría la satisfacción directa de las necesidades del habitacionista.

Bajo nuestro punto de vista, en lo que al derecho de habitación ordinario se refiere, resulta más adecuada la primera interpretación. Efectivamente, como señala Puig Brutau<sup>(11)</sup>, los derechos de uso y habitación deben registrarse, en primer lugar, por lo que se determine en su título constitutivo, en segundo lugar, por las disposiciones contenidas en los artículos 523 a 529 CC, y finalmente, de forma subsidiaria, por las normas reguladoras del usufructo.

Dicho cuanto antecede respecto del derecho de habitación «ordinario» o «general», debemos centrarnos en el concreto derecho de habitación a favor del legitimario considerado persona con discapacidad regulado en el artículo 822 CC, pues el párrafo tercero del citado precepto dispone que «El derecho a que se refieren los párrafos anteriores será intransmisible».

Como apunta acertadamente García Herrera<sup>(12)</sup>, de la lectura inicial del tercer párrafo del artículo 822 CC podría pensarse que el precepto es reiterativo con respecto al artículo 525 del mismo cuerpo legal y respecto del derecho de habitación ordinario. Sin embargo, como afirma la misma

(7) GARCÍA HERRERA, V., *El legado de habitación a favor de ...* ob. cit., p. 63.

(8) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, Barcelona, 1994, Octava Edición, tomo III vol. 2, pp. 98 y 99.

(9) En el mismo sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil, Derechos Reales*, Madrid, 2015, Quinta Edición, p. 293.

(10) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil III ...* ob. cit. p. 81.

(11) PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, Barcelona, 1989, Vol. II, p. 267.

(12) GARCÍA HERRERA, V., *El legado de habitación a favor de...* ob. cit., p. 73.



autora, al particular derecho de habitación constituido a favor del legitimario en situación de discapacidad no le resultan de aplicación las normas del derecho de habitación general sino las propias y particulares normas contenidas en el artículo 822 CC.

Así las cosas, el derecho de habitación recogido en el artículo 822 CC es intransmisible por imperativo del meritado precepto y precisamente porque el fundamento del mismo es la situación de discapacidad del legitimario. Como apunta Díaz-Alabart<sup>(13)</sup> esta intransmisibilidad del derecho de habitación del legitimario con discapacidad es coherente con el régimen excepcional de este derecho, que se justifica en la situación de discapacidad del habitacionista y que, por lo tanto, solamente a éste puede beneficiar.

### 2.3 Derecho no computable a efectos de cálculo de legítimas

Una de las particularidades propias del derecho de habitación en favor del legitimario persona con discapacidad es la no computación del derecho de habitación atribuido para el cálculo de las legítimas, tal y como se desprende del propio párrafo primero del artículo 822 CC.

Esta afirmación supone que el derecho de habitación constituido por donación o legado en virtud del artículo 822 CC no se sumará a la reunión ficticia de los bienes relictos y los bienes donados, es decir, «la computación y cálculo de la legítima, de todas las legítimas, se efectuara sin tener en cuenta el valor del derecho de habitación donado o legado»<sup>(14)</sup>.

Esta no computación del derecho de habitación a efectos del cálculo de las legítimas plantea ciertas dudas en aquellos casos en los que la masa hereditaria resultara insuficiente para realizar el adecuado reparto entre los legitimarios. Es decir, debemos plantearnos si el legado o donación del derecho de habitación en favor del legitimario en situación de discapacidad es o no colacionable<sup>(15)</sup>.

La mayor parte de la doctrina coincide en que el beneficio previsto en el artículo 822 CC queda exento de cualquier operación relativa al cálculo de la legítima, como sería la imputación o la colación en caso de que exis-

(13) DÍAZ-ALABART, S., «Las reformas del derecho sucesorio en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad» *Protección Jurídica de las Personas con Discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)*, (Dir. Díaz-Alabart), Madrid, 2004, p. 91.

(14) RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Artículo 822» *Comentarios al Código Civil* (Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano), Valencia, 2013, Tomo V, p. 6095.

(15) *Vid.* MADRINÁN VÁZQUEZ, M., «El Derecho de habitación de los legitimarios, el ajuste normativo: artículo 822 del Código Civil» en *Reformas legislativas para el apoyo de las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (Drs. Lledo Yagüe, Ferrer Vanrell, Eguisquiza Balmaseda, López Simó), Madrid, 2022, p. 1029.

tieran herederos forzosos<sup>(16)</sup>. Lo contrario, esto es, permitir que la donación o legado del derecho de habitación en favor del legitimario en situación de discapacidad fuera colacionable, contravendría el espíritu y finalidad de la norma consagrada en el artículo 822 CC, que no es otro que el de garantizar al máximo la protección del derecho a una vivienda del discapacitado en el ámbito sucesorio<sup>(17)</sup>.

El derecho de habitación regulado en el artículo 822 CC es por tanto un derecho no computable para el cálculo de las legítimas, no imputable y no colacionable. Así, como apunta Herrán Ortiz, «el importe para calcular la legítima será inferior. De este modo, los restantes legitimarios ven mermaidadas sus cuotas de legítima individual, en tanto que el legitimario discapacitado además de estar favorecido por su cuota de legítima individual conserva el derecho de habitación sobre la vivienda habitual que compararía con el testador»<sup>(18)</sup>.

### 3. FORMAS DE CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE HABITACIÓN REGULADO EN EL ARTÍCULO 822 CC

Como ya se ha visto, el derecho de habitación regulado en el artículo 822 CC lleva aparejado una serie de beneficios propios para el habitacionista. Debemos ahora determinar los modos de constitución de este derecho real de habitación en favor del legitimario con discapacidad pues el precepto anteriormente citado contempla tres supuestos distintos, dos en su primer párrafo y, un tercer modo de constitución, en el segundo párrafo.

Así, el legislador dispone como modos constitutivos del derecho real de habitación a favor del legitimario en situación de discapacidad la donación, el legado voluntario y el legado legal.

#### 3.1 La donación y el legado como formas de constitución voluntarias del derecho de habitación

El párrafo primero del artículo 822 CC establece la posibilidad de que el causante constituya el derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad a través de la donación o el legado voluntario.

---

(16) MADRINÁN VÁZQUEZ, M., «El Derecho de habitación de los legitimarios, el ajuste normativo: artículo 822... ob.cit., p. 1029.

(17) GARCÍA HERRERA, V., *El legado de habitación a favor de ...* ob.cit., p. 79.

(18) HERRÁN ORTÍZ, A. I., «La protección de la legítima y su repercusión en el heredero incapacitado y discapaz» en *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista* (Dir. Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell, Torres Lana, Cord. Monje Balmaseda), Madrid, 2014, p. 825.

Esta referencia a la donación del artículo 822 CC ha dado lugar a cierta discusión con respecto a si se trata de una donación *inter vivos* o una donación *mortis causa*.

Como sabemos, la donación «es la transmisión voluntaria de una cosa o de un conjunto de ellas que hace una persona, donante, a favor de otra, donatario, sin recibir nada como contraprestación»<sup>(19)</sup>. Por su parte, la donación *mortis causa* se regula en el artículo 620 CC, que establece que «Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria».

Han existido en nuestro ordenamiento jurídico importantes debates doctrinales desde la admisión de la donación *mortis causa* por nuestro Código Civil, centrados en la admisibilidad o no de esta figura en nuestro derecho.

No pretendemos extendernos en el referido debate doctrinal que excede el objeto del presente trabajo, pero sí señalar que, en el concreto caso de la donación del derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad, la doctrina coincide en considerar que se trata de una donación *inter vivos*, pero que sus particulares efectos se despliegan una vez se ha producido la muerte del donante y siempre que se den una serie de presupuestos que serán examinados con posterioridad<sup>(20)</sup>.

Por otro lado, como decíamos, el mismo párrafo primero del artículo 822 CC permite la constitución del derecho de habitación por medio de la figura del legado. No disponemos en nuestro Código Civil de una definición de esta institución hereditaria, pero Albaladejo lo define como «una disposición *mortis causa* por la que el testador deja en concreto alguno (o algunos) de sus bienes o derechos a una persona que lo recibe a título singular»<sup>(21)</sup>.

Así el artículo 822 CC permite al causante dos formas de constitución voluntaria del derecho de habitación en favor del legitimario en situación de discapacidad, en ambos casos, el causante podrá definir el contenido de este derecho de habitación especial, en lo referente a sus facultades, obligaciones y límites, en los títulos constitutivos del legado o la donación<sup>(22)</sup>.

(19) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Contratos. Principios de Derecho Civil III*, Madrid, 2015, p. 166.

(20) En ese sentido se pronuncian MADRINÁN VÁZQUEZ, M., «El Derecho de habitación de los legitimarios, el ajuste normativo: artículo 822... ob.cit., p. 1018, y GARCÍA HERRERA, V., *El legado de habitación a favor de legitimario discapacitado*, Ed. Dykinson, Madrid, 2018, p. 102.

(21) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, Barcelona, 1994, octava edición, tomo V, p. 281.

(22) ROBLES RAMOS J., *Intangibilidad cualitativa de la legítima: excepciones*, Madrid, 2021, p. 438.

### 3.2 El legado legal del párrafo segundo del artículo 822 CC

El segundo párrafo del artículo 822 CC concede el beneficio del derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad por ministerio de la ley cuando se cumplan una serie de condiciones.

Algunos autores sostienen que este «legado legal» consagrado en el artículo 822 CC se asemeja a la legítima usufructuaria del cónyuge supérstite<sup>(23)</sup>. Así pues, nuestro Código Civil consagra un derecho de habitación *ex lege* en el párrafo segundo del artículo 822, siempre y cuando concurren los presupuestos expresados en el propio precepto y que serán tratados a continuación.

Es necesario apuntar que este legado legal podrá constituirse siempre que no exista una exclusión concreta por parte del causante. Así, prevalece la libertad del testador, que podrá evitar la constitución del derecho de habitación del legitimario en situación de discapacidad, si así lo hace constar de forma expresa. La norma prevé que el testador disponga otra cosa o lo excluya expresamente<sup>(24)</sup>.

## 4. PRESUPUESTOS PARA LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO

Ya hemos visto que el derecho de habitación reconocido en el artículo 822 CC lleva aparejados una serie de beneficios para el habitacionista. Tales beneficios encuentran su razón de ser en la finalidad protectora del precepto respecto del legitimario con discapacidad. Sin embargo, para que el artículo 822 CC despliegue sus efectos es necesario que concurren una serie de presupuestos.

De la propia lectura del precepto podemos extraer los presupuestos necesarios para la constitución del derecho de habitación. Por un lado, los presupuestos subjetivos, siendo necesario que el habitacionista sea un legitimario efectivo del causante, que se encuentre en situación de discapacidad y además tenga necesidad de habitar el inmueble. Como requisitos objetivos el propio precepto nos señala que será necesaria la previa convivencia entre el causante y el habitacionista y que la vivienda afectada por el derecho de habitación tenga la condición de vivienda habitual.

(23) RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Artículo 822» en *Comentarios al...* ob. cit., p. 6104.

(24) BUSTO LAGO, M., «Artículos 806 a 822» en *Comentarios al Código Civil* (Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Navarra, 2006, segunda edición, p. 1010.

Debemos precisar que, los presupuestos relativos a la convivencia y a la necesidad aparecen en el segundo párrafo del artículo 822 CC y se refieren a la constitución del derecho de habitación por medio del legado legal, lo que ha dado lugar a cierto debate con respecto a si tales presupuestos son exigibles para el derecho de habitación consagrado en tal precepto independientemente de su forma de constitución o bien, tan solo para aquellos casos en los que se constituya por medio de legado legal.

Autores como Ragel Sánchez<sup>(25)</sup> afirman que, la falta de previsión en el párrafo primero del artículo 822 CC de los presupuestos de necesidad y convivencia con el causante, implica que no deberán tenerse en cuenta tales situaciones en los casos de donación o legado voluntario del derecho de habitación, puesto que «la explícita voluntad del donante o testador en el sentido de conceder un derecho de habitación al pariente discapacitado exime de acreditar la necesidad de vivienda de ese pariente».

Otro sector doctrinal sostiene que, aunque los presupuestos de necesidad y convivencia aparecen con respecto al legado legal del derecho de habitación, deben concurrir en todo caso, independientemente de su modo de constitución para que el habitacionista pueda disfrutar de los beneficios particulares del artículo 822 CC. En este sentido, señala Madriñán Vázquez que «el requisito de necesidad debería aplicarse también a los supuestos de donación y legado previstos por el párrafo primero del artículo 822 CC, habida cuenta que se trata de un régimen especial que afecta a las legítimas y por tanto al resto de legitimarios que verán mermadas sus cuotas»<sup>(26)</sup>. En esta misma línea, García Herrera<sup>(27)</sup> afirma que todos los presupuestos, objetivos y subjetivos, deberán cumplirse cualquiera que sea la modalidad de constitución del derecho de habitación. Y es que, como bien apunta Herrán Ortiz<sup>(28)</sup>, el régimen excepcional que plantea el artículo 822 CC no puede justificar un incremento patrimonial de la persona con discapacidad sino la tutela y protección del legitimario que se encuentra en tal situación. Por ello, bajo nuestro punto de vista, deben concurrir todos los presupuestos mencionados para que el legitimario pueda beneficiarse de las previsiones del artículo 822 CC, de lo contrario, el derecho de habitación deberá regirse por las normas comunes de dicho derecho real contenidas en los artículos 524 y ss. del CC.

---

(25) RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Artículo 822» en *Comentarios al...* ob. cit., p. 6105.

(26) MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M., «El Derecho de habitación de los legitimarios, el ajuste normativo: artículo 822...» ob. cit., p. 1014.

(27) En este sentido se pronuncia GARCÍA HERRERA, V., *El legado de habitación a favor de...* ob. cit., p. 110.

(28) HERRÁN ORTÍZ, A. I., «La protección de la legítima y su repercusión...» ob. cit., p. 824.

#### 4.1 Presupuestos subjetivos

De acuerdo con el propio artículo 822 CC y el artículo 2 de la LPPD el habitacionista beneficiario del derecho de habitación reconocido en el primero de los preceptos debe ser una persona en situación de discapacidad, legitimario efectivo del causante y, además, debe encontrarse en una situación de necesidad.

##### a) *Legitimario*

El propio precepto, en sus párrafos primero y segundo hace referencia a que el beneficiario del derecho de habitación debe ser un legitimario del causante. En este sentido el artículo 807 CC establece qué sujetos asumen la condición de legitimarios, esto es: (i) Los hijos y descendientes respecto de sus padres, (ii) a falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes, y (iii) el viudo o viuda en la forma y medida establecida por el propio Código Civil.

*A priori*, podría parecer que todos los sujetos mencionados en el artículo 807 CC pueden ser beneficiarios del derecho de habitación regulado en el artículo 822 CC. Sin embargo, la doctrina viene señalando, de forma mayoritaria, que solamente podrán beneficiarse de lo previsto en el artículo 822 CC aquellos que son considerados «legitimarios efectivos», es decir, aquellos que ostenten tal condición al tiempo del fallecimiento, no siendo suficiente un «legitimario eventual»<sup>(29)</sup>. Así, no podrán ser protegidos con el derecho de habitación los ascendientes en situación de discapacidad del causante, cuando éste último tenga descendientes en el momento de su fallecimiento, puesto que, ante la situación descrita, el ascendiente no sería legitimario al momento del fallecimiento, no cumpliéndose con el requisito previsto en el artículo 822 CC de «legitimario en situación de discapacidad»<sup>(30)</sup>.

En lo que al cónyuge viudo, que se encuentre en situación de discapacidad, se refiere, este tiene siempre condición de legitimario independientemente de quienes sean los parientes que concurran con él a la herencia<sup>(31)</sup>.

En definitiva, serán considerados legitimarios que podrán beneficiarse del derecho de habitación regulado en el art 822 CC los «legitimarios efec-

(29) GARCÍA HERRERA, V., *El legado de habitación a favor de...* ob.cit., p. 111.

(30) RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «El derecho de habitación establecido a favor del legitimario discapacitado como gravamen sobre la legítima estricta» *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Murcia, 2004, Tomo II, p. 4018.

(31) MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M., «El Derecho de habitación de los legitimarios, el ajuste normativo: artículo 822... ob. cit., p. 1021.

tivos» que, en principio, serán, los hijos y descendientes y el cónyuge viudo. Solamente en aquellos casos en los que no concurra a la herencia descendiente alguno, podrán beneficiarse los ascendientes del derecho de habitación del artículo 822 CC.

b) *Persona con discapacidad*

Siguiendo con la redacción del artículo 822 CC el siguiente presupuesto exigido es que el legitimario se encuentre en situación de discapacidad.

La primera precisión que hay que hacer al respecto es de carácter temporal, pues el legitimario debe encontrarse en situación de discapacidad en el momento de la apertura de la sucesión, puesto que es en ese momento cuando se obtiene el beneficio sucesorio<sup>(32)</sup>. De esta manera, si en el momento en que se constituyó la donación o legado el legitimario se encontraba en situación de discapacidad, pero ésta ha desaparecido en el momento de la apertura de la sucesión, no perderá la donación o legado, pero sí los beneficios propios del artículo 822 CC<sup>(33)</sup>.

La segunda cuestión importante es determinar el concepto de «persona en situación de discapacidad». Ya decíamos al inicio del presente trabajo que antes de la reforma del precepto del año 2021 nuestro Código Civil no se refería a «legitimario incapaz» sino a «legitimario discapacitado». Este hecho, como apunta Herrán<sup>(34)</sup> resulta peculiar puesto que ya en origen, el precepto no exigía de una incapacitación judicial para que este requisito se viera cumplido.

La Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad introdujo en nuestro Código Civil diversas reformas, entre ellas la del artículo 822 CC objeto de estudio en el presente trabajo, pero, además, incluyó la Disposición Adicional Cuarta que encuentra apoyo en el artículo 13 de la LPPD. Tal Disposición Adicional se introdujo para determinar que el concepto de persona con discapacidad referido en los artículos 756, 822 y 1041 del Código Civil debía entenderse hecho al concepto definido por la propia LPPD. Así, la Disposición Adicional Cuarta incluida con la reforma del año 2003, nos remitía al artículo 2 de la LPPD, que define «personas con discapacidad» como aquellas que: (i) presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento, y (ii) presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

(32) MADRINÁN VÁZQUEZ, M., «El Derecho de habitación de los legitimarios, el ajuste normativo: artículo 822... ob. cit., p. 1023.

(33) HERRÁN ORTÍZ, A. I., «La protección de la legítima y su repercusión... ob. cit., p. 824.

(34) HERRÁN ORTÍZ, A. I., «La protección de la legítima y su repercusión... ob. cit., p. 824.



La Disposición Adicional Cuarta fue reformada en el año 2021, quedando redactada de la forma en la que sigue:

«La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.»

Actualmente, son consideradas personas en situación de discapacidad a los efectos del artículo 822 CC que aquí nos ocupa, aquellos que encajan en la definición otorgada en el artículo 2 LPPD y aquellas personas que tengan un grado de dependencia II o III de acuerdo con el artículo 26 b) de la Ley 39/2006<sup>(35)</sup>.

En definitiva, en virtud de la vigente Disposición Adicional Cuarta del Código Civil, podrán ser consideradas «personas en situación de discapacidad» a efectos del artículo 822 CC, y por tanto beneficiarios del particular derecho de habitación contenido en el referido precepto:

- i) Aquellas personas que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento.
- ii) Personas que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.
- iii) Toda persona que necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.
- iv) Personas que necesiten de ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

c) *Estado de necesidad*

El artículo 822 párrafo segundo *in fine* del CC, incide sobre la «necesidad» como presupuesto necesario para constituir el derecho de habitación

---

(35) Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. (BOE-A-2006-21990 de 15 de diciembre de 2006).

especial regulado en este precepto. Debemos clarificar, por tanto, qué se puede considerar necesidad a los efectos del meritado precepto.

En primer lugar, debemos tener claro que la referencia a la necesidad esta circunscrita al ámbito propio de la vivienda, no a la capacidad económica del legitimario en situación de discapacidad. De esta manera, no cumplirían con este presupuesto aquellos legitimarios en situación de discapacidad que tuvieran derecho sobre otra vivienda, independientemente de que tal derecho fuera previo al fallecimiento del causante o que tal derecho se hubiera adquirido por una disposición *mortis causa* <sup>(36)</sup>.

Así pues, para cumplir con este presupuesto resulta necesario que el legitimario en situación de discapacidad no tenga la posibilidad de habitar en otro inmueble beneficiándose así de las particularidades propias del derecho de habitación del artículo 822 CC. Tal estado de «necesidad» debe darse en el momento de la muerte del causante <sup>(37)</sup>.

## 4.2 Presupuestos objetivos

Como señalábamos anteriormente los presupuestos necesarios para poder disfrutar de los beneficios propios del derecho de habitación regulado en el artículo 822 CC se dividen en presupuestos subjetivos, propios de la persona beneficiaria, y los presupuestos objetivos, que suponen la convivencia previa del causante y el habitacionista, y que el derecho de habitación grave la vivienda habitual.

### a) *Convivencia*

El legitimario discapacitado debe convivir con el causante en el momento del fallecimiento de este último. La jurisprudencia viene considerando qué debe entenderse por convivencia, no es suficiente el siempre hecho de morar en la misma vivienda, sino que es necesaria una convivencia familiar y efectiva, con todo lo que la misma comporta para las personas que la integran <sup>(38)</sup>.

Se viene señalando por la doctrina, que no tiene por qué tratarse de una «convivencia material», de forma que este presupuesto se entenderá cumplido en aquellos casos en los que el legitimario en situación de discapacidad resida parte del tiempo en un centro específico en el que, por ejemplo, este recibiendo tratamiento, siempre que se encuentre en condiciones de

(36) RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «El derecho de habitación establecido a favor... ob. cit., p. 4029.

(37) GARCÍA HERRERA, V., *El legado de habitación a favor de...* ob. cit., p. 117.

(38) Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000.

disfrutar, tras la muerte del causante, de ese derecho de habitación que se le concede<sup>(39)</sup>

En cuanto a la cuestión temporal de la convivencia, el Código Civil no señala un plazo concreto que necesariamente deba cumplirse para entender que concurre este presupuesto. Es más, en aquellos casos en los que el derecho de habitación se constituya de forma voluntaria, ya fuera por medio de donación o por medio del legado voluntario, no es necesario que al momento de la constitución del gravamen el legitimario conviva, sino que, simplemente, al momento de la muerte del causante tal convivencia sea efectiva.

## b) *Vivienda habitual*

El artículo 822 CC hace referencia a que el derecho de habitación en favor del legitimario en situación de discapacidad deberá estar circunscrito a la vivienda habitual.

Como sabemos, nuestro Código Civil no otorga una concreta definición de la «vivienda habitual», de hecho, utiliza terminología diversa para referirse a la misma («vivienda habitual en los artículos 90,91,96,103.2 y 1357.2 CC, «residencia habitual» en el artículo 1406.4 CC, «hogar familiar» en los artículos 81 y 1362 CC, «domicilio conyugal» en los artículos 70 y 87 CC, o «domicilio familiar» en el artículo 93CC).

En cuanto a la vivienda habitual, señala Gil Membrado<sup>(40)</sup> que debe ser entendida como aquella en la que, de ordinario, se desenvuelve la vida familiar. Así, la vivienda habitual presenta caracteres de habitabilidad, habitualidad y carácter familiar. De esta forma se excluyen del concepto de vivienda habitual aquellos inmuebles que se ocupan sin intención de permanencia o que tienen carácter temporal<sup>(41)</sup>.

Señalado cuanto antecede, debemos mostrarnos conformes con la definición que, a efectos del artículo 822 CC da García Herrera<sup>(42)</sup> de la «vivienda habitual», entendiendo como tal «aquella en la que el causante y discapacitado beneficiario residan (convivan) de forma continuada (permanencia) en el tiempo».

(39) GARCÍA HERRERA, V., *El legado de habitación a favor de...* ob. cit., p. 117.

(40) GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*; Madrid, 2013, p. 41.

(41) ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G., «Reflexiones sobre el derecho de habitación de las personas con discapacidad desde la perspectiva del operador jurídico». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 751, p. 2941.

(42) GARCÍA HERRERA, V., *El legado de habitación a favor de ...* ob. cit., p. 121.

## 5. CONTENIDO DEL DERECHO DE HABITACIÓN

Como sabemos, el derecho de habitación es un derecho real limitado sobre cosa ajena, de carácter personal que recae sobre un inmueble y que permite a su beneficiario el uso de la vivienda. El derecho de habitación «ordinario» viene regulado en los artículos 523 y ss CC.

El artículo 524.2 CC establece que «la habitación da a quien tiene ese derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y las personas de su familia». De tal precepto se extrae que el contenido del derecho de habitación vendrá dispuesto, salvo que exista título constitutivo en el que se concrete el mismo, por las necesidades del habitacionista y su familia.

Es importante señalar a efectos de delimitar el contenido del derecho de habitación que el artículo 524 CC no toma en cuenta solo las necesidades del habitacionista, sino las de su familia. En este sentido, se ha venido considerando «familia» a aquellas personas que vivan bajo el mismo techo y estén a cargo del titular del derecho (cónyuge, hijos y personal a su servicio)<sup>(43)</sup>.

Así pues, el derecho de habitación comprenderá únicamente la facultad de ocupar las piezas de la vivienda que sean necesarias para sí y las personas de su familia (entendiendo como familia la definición anteriormente señalada). Esto supone que, el derecho de habitación comprenderá aquello que sea preciso para satisfacer las necesidades del habitacionista y de los miembros de su familia, no atribuyendo el uso exclusivo y excluyente sobre la totalidad de la vivienda sobre la que recae, sino un derecho de uso parcial dirigido a satisfacer las necesidades básicas de los beneficiarios<sup>(44)</sup>.

Hay que tener en cuenta que las necesidades deben ser actuales, realmente sentidas y determinadas o determinables. La extensión del derecho de habitación no puede depender, en ningún caso, de necesidades ya pasadas, ni de las que puedan surgir o aparecer en un futuro, ya sea próximo o lejano<sup>(45)</sup>.

---

(43) PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., «El usufructo, el uso y la habitación» en *Curso de Derecho Civil III, Derechos Reales* (Coord. De Pablo Contreras, P), Madrid, 2020, Quinta edición, p. 480.

(44) GARCÍA HERRERA, V., *El legado de habitación a favor de ...* ob. cit., p. 129.

(45) FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., *Los derechos reales de uso y habitación*, Madrid, 1994, p. 114.

## 6. DERECHO DE HABITACIÓN Y CONCURRENCIA CON OTROS DERECHOS REALES

Hemos definido en diversas ocasiones el derecho de habitación como un derecho real limitado sobre cosa ajena. La propia definición otorgada del derecho de habitación plantea una serie de problemas en lo referente a la concurrencia del derecho real de habitación y otros derechos reales o incluso frente a la concurrencia de derechos de terceros.

### 6.1 **Derecho de habitación y derechos de atribución preferente de los artículos 1406 y 1407 CC**

El artículo 822 CC *in fine*, hace referencia expresa a que el derecho de habitación en favor de legitimario con discapacidad no impedirá al cónyuge atribuirse los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 CC pero, en todo caso, deberán coexistir con el referido derecho de habitación.

Pues bien, los artículos 1406 y 1407 CC regulan la disolución de la sociedad de gananciales, por cualquier causa de disolución del vínculo matrimonial, entre ellas, el fallecimiento de uno de los cónyuges. En este proceso de la disolución de la sociedad de gananciales y, especialmente, en lo que aquí nos ocupa a efectos del presente trabajo, los art 1406 y 1407CC regulan el derecho del cónyuge supérstite a que se incluya preferentemente en su haber, hasta donde alcance, la vivienda en la que tuviera su residencia habitual (sobre la que, recordemos, debe recaer el derecho de habitación regulado en el artículo 822CC)<sup>(46)</sup>. Además, el cónyuge podrá decidir que la casa le sea atribuida en propiedad, o bien, que en su beneficio se constituya un derecho de uso o habitación sobre la misma.

Aunque *a priori* podríamos pensar que con la redacción del artículo 822 CC *in fine* el derecho de habitación otorgado en favor del legitimario en situación de discapacidad se encuentra plenamente protegido, nada más lejos de la realidad. Atendiendo a los artículos 1406 y 1407 CC son dos situaciones conflictivas las que se pueden dar.

La primera de estas situaciones, quizá la que menos problemas plantea, es aquella en la que el cónyuge supérstite decide optar por constituir un derecho de uso y habitación en su favor. Aunque en principio ambos derechos de habitación pueden coexistir, el conflicto se puede producir en aquellos casos en los que el inmueble no sea suficiente para cubrir las

---

(46) Véase apartado 4.4. Vivienda habitual.

«necesidades habitacionales» de ambos titulares y sus familias de acuerdo con su estructura arquitectónica<sup>(47)</sup>.

La segunda hipótesis supone que el cónyuge supérstite opte por la atribución de la propiedad de la vivienda habitual. En estos casos resultaría de aplicación el artículo 1380 CC que establece que la disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador, y en caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento. Pues bien, en estos casos, el derecho de habitación conferido al legitimario en situación de discapacidad operará como un gravamen sobre el inmueble y el habitacionista podrá habitar en la vivienda, conviviendo con el cónyuge del causante.

Como señalan algunos autores, el artículo 822 *in fine* del CC muestra las deficiencias de técnica jurídica en la reforma del precepto dado que existe una clara discrepancia entre los distintos conceptos de «vivienda habitual» que dan origen a cada uno de los derechos aludidos en el referido artículo. Por un lado, los derechos de atribución preferente del cónyuge supérstite parten de una vivienda familiar habitual cuya titularidad es de ambos cónyuges y, por otro lado, el derecho de habitación reconocido en el artículo 822 CC parte del concepto de vivienda habitual de la que el causante es titular efectivo<sup>(48)</sup>. Además, el artículo 822 *in fine* es contrario al preámbulo de la Convención de Nueva York, que señala la necesidad de respetar la independencia y preferencia de las personas con discapacidad de manera no asociada a las decisiones o circunstancias de su padres<sup>(49)</sup>.

## 7. EXTINCIÓN DEL DERECHO DE HABITACIÓN

Los derechos de uso y habitación se extinguen por las mismas causas que el usufructo, tal y como dispone el artículo 513 CC, pero, además, por abuso grave de la cosa o de la habitación en virtud del artículo 529 CC. Aunque tales preceptos están previstos para el derecho de habitación general, resultan también de aplicación el derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad regulado en el artículo 822 CC.

Podemos afirmar, por tanto, que son causas de extinción del derecho de habitación constituido en favor del legitimario en situación de discapacidad, la muerte de este, la finalización del plazo por el que se constituyó o el cumplimiento de la condición resolutoria, la reunión del derecho de

(47) BUSTO LAGO, M., «Artículos 806 a 822» en *Comentarios ...* ob. cit., p. 1010.

(48) ROBLES RAMOS, J., *Intangibilidad cualitativa de ...* ob. cit. p. 514.

(49) MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M., El Derecho de habitación de los legitimarios, el ajuste normativo: artículo 822 ... ob. cit., p. 1026.



habitación y la propiedad en la misma persona del legitimario, la renuncia del habitacionista, la pérdida total de la cosa, la resolución del derecho del constituyente la prescripción y el abuso grave de la cosa.

Trataremos ahora algunas de las causas de extinción que generan mayores dificultades en el concreto caso del derecho de habitación en favor del legitimario en situación de discapacidad, obviando extendernos en aquellas que se registrarán del mismo modo que el derecho de habitación «ordinario».

## 7.1 Extinción por muerte del habitacionista

Del propio carácter personalísimo del derecho real de habitación resulta que por muerte del habitacionista este derecho se extinga, dado que se constituyó única y exclusivamente en atención a la persona beneficiaria del mismo.

En el caso concreto del derecho de habitación constituido en virtud del artículo 822 CC atendiendo además a sus presupuestos específicos, esta causa de extinción cobra aún más fuerza. Como señala García Herrera<sup>(50)</sup> este supuesto se constituye en exclusiva en atención a las especiales necesidades de vivienda del beneficiario, a satisfacción de las cuales se atempera su contenido.

Una de las dudas que plantea esta causa de extinción es si una vez fallecido el habitacionista su familia puede seguir disfrutando de este derecho real. Esta cuestión encuentra su origen en la regulación del derecho de habitación ordinario, pues como hemos visto con anterioridad<sup>(51)</sup>, el contenido del derecho de habitación se configura atendiendo, no solo a las necesidades del habitacionista, sino las de su familia. Pues bien, como señala la mayor parte de la doctrina<sup>(52)</sup>, la respuesta debe ser negativa, dado que las necesidades familiares únicamente se conciben como causa de expansión del contenido del derecho, pero no como causa de su constitución. Admitir esta posibilidad supondría además la imposibilidad de concretar la duración de este derecho.

## 7.2 Extinción por expiración de plazo por el que se constituyó

Como hemos dicho, el derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad puede constituirse por medio de donación o por medio

---

(50) GARCÍA HERRERA, V., *El legado de habitación a favor de ...* ob. cit., p. 146.

(51) Véase apartado 5 «Contenido del derecho de habitación».

(52) *Vid.*, por todos GARCÍA HERRERA, V., *El legado de habitación a favor de ...* ob. cit., p. 146.

de legado. Ambas formas de constitución voluntaria de este beneficio implican la existencia de un título constitutivo en el que podría, *a priori*, establecerse un plazo de duración del derecho.

Sin embargo, esta causa de extinción carece de sentido en el derecho de habitación «especial» que se prevé en el artículo 822 CC. Como hemos venido repitiendo a lo largo del presente trabajo, el objetivo del precepto no es otro que dotar de protección al legitimario con discapacidad y garantizarle a éste una vivienda. Establecer un plazo de duración de este derecho real de habitación contravendría la finalidad de la norma, por lo que, si bien esta causa de extinción tendrá validez para el derecho de habitación «ordinario», no debe ser tenida en cuenta para el derecho de habitación particular regulado en el artículo 822 CC.

### 7.3 Extinción por cumplimiento de condición resolutoria, en particular, la recuperación del habitacionista como causa de extinción

Como hemos dicho anteriormente, no tiene cabida la extinción del derecho de habitación constituido en favor del legitimario con discapacidad en aquellos casos en los que se establezca un plazo, sin embargo, cuestión distinta es su extinción por cumplimiento de condición resolutoria.

Como hemos señalado anteriormente en este trabajo<sup>(53)</sup>, los presupuestos necesarios para que el habitacionista disfrute de los beneficios del artículo 822 CC son: (i) que sea legitimario, (ii) que sea una persona en situación de discapacidad, (iii) que tenga necesidad, (iv) que exista una convivencia previa con el causante (v) que el derecho de habitación se constituya sobre la vivienda habitual.

Esta causa de extinción parte de la premisa de un derecho de habitación constituido de forma voluntaria por medio de donación o legado, de forma que en su título constitutivo se hiciera constar como causa de extinción la recuperación del habitacionista. Sin embargo, debemos mostrarnos de acuerdo con García Herrera<sup>(54)</sup> cuando afirma que tal previsión «sería innecesaria a efectos de generar la extinción del derecho, pues la referida recuperación produciría, sin necesidad de previsión expresa al respecto, tal extinción, porque al faltar causa o razón de ser del derecho real éste carece de sentido y debe dejar de existir». Y, naturalmente, también faltaría la razón de ser del derecho real de habitación del artículo 822 CC si cesa la discapacidad.

(53) Véase apartado 4. Presupuestos.

(54) GARCÍA HERRERA, V., *El legado de habitación a favor de ...* ob. cit., p. 147.



Tal razonamiento nos lleva a afirmar que esta condición resolutoria se encuentra implícita en el propio artículo 822 CC, de forma que, independientemente de que se constituya de forma voluntaria o de forma legal, la recuperación del beneficiario debe conllevar la extinción del derecho real.

## 8. CONSIDERACIONES FINALES

Como hemos visto, la LPPD dotó al artículo 822 CC de un nuevo contenido, regulando el derecho de habitación en favor del legitimario en situación de discapacidad. Aunque dicho precepto fue reformado por la Ley 8/2021, de protección a las personas con discapacidad, la reforma del precepto aquí estudiado fue meramente formal, con el fin de adaptarse a una nueva terminología más inclusiva.

El derecho de habitación «especial» recogido en el artículo 822 CC tiene una finalidad protectora, pues pretende asegurar que la persona en situación de discapacidad disponga de una vivienda en la que habitar cuando sus familiares más cercanos fallezcan. Así, este derecho de habitación especial tiene una serie de particularidades con respecto al derecho de habitación «ordinario» regulado en los artículos 524 y ss CC. Entre tales notas características del derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad se encuentran, en primer lugar, que se trata de un derecho personalísimo, nota que resulta común con el derecho de habitación ordinario pero que resulta más evidente en este caso particular, por la finalidad de la norma, que no es otra que proteger al legitimario en situación de discapacidad frente al riesgo de no tener una vivienda en la que habitar. Además, el derecho de habitación del artículo 822 CC es intransmisible, dado que así lo establece el propio precepto. Pero, sobre todo, y más importante, es un derecho no computable a efectos del cálculo de las legítimas, por lo que se puede considerar un gravamen sobre la misma. Así los demás legitimarios verán mermada la legítima que les corresponde pues este derecho de habitación no será tenido en cuenta a efectos del cálculo de las mismas.

El artículo 822 CC prevé diferentes modos de constitución del derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad. Dos modos de constitución voluntarios, como son la donación y el legado voluntario; y un tercer modo de constitución como es el legado legal. En virtud del segundo párrafo del citado precepto puede constituirse el derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad por medio de la figura del legado legal, siempre que no exista manifestación de voluntad en

contrario del causante y que se den los presupuestos previstos en el citado párrafo.

A propósito de dichos presupuestos hay que señalar que, aunque de la interpretación literal del precepto se pueda pensar *a priori* que son distintos los requisitos exigidos según el modo de constitución del derecho de habitación del art 822 CC, parte de la doctrina, con la que nos mostramos conformes, viene señalando que todos los presupuestos señalados en el citado precepto deben concurrir independientemente de la forma de constitución del derecho de habitación. Por tanto, tanto cuando el derecho de habitación se constituya de forma voluntaria (por medio de donación o legado voluntario) como de forma legal (legado legal) los presupuestos que deben concurrir para que el habitacionista se vea beneficiado de este derecho de habitación «especial» son los mismos:

i) Debe tratarse de un legitimario «efectivo», es decir, aquellos que ostenten tal condición al tiempo del fallecimiento, no siendo suficiente un «legitimario eventual».

ii) Además, en la persona del legitimario debe concurrir la situación de discapacidad. Para determinar si dicha situación se da es necesario acudir a la Disposición Adicional Cuarta y a la Ley 39/2006.

iii) El legitimario con discapacidad debe en cualquier caso estar en situación de necesidad, entendiendo como tal que el posible beneficiario no tenga otro inmueble en el que habitar.

iv) En todo caso el legitimario con discapacidad debe estar conviviendo previamente con el causante en el momento del fallecimiento, aunque dicha convivencia no tiene por qué ser material.

v) Finalmente es necesario que el derecho de habitación se constituya sobre la vivienda habitual, entendiendo como tal aquella en la que el causante y discapacitado beneficiario residan (convivan) de forma continuada (permanencia) en el tiempo.

Si no concurren tales presupuestos en el momento de la muerte del causante, el habitacionista no gozará de los beneficios propios del artículo 822 CC, sino que se tratará de un derecho de habitación ordinario regulado por los artículos 524 y ss CC.

En cuanto al contenido del derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad hay que tener en cuenta que este derecho comprenderá únicamente la facultad de ocupar las piezas de la vivienda que sean necesarias para sí y las personas de su familia, teniendo en cuenta que las necesidades deben ser actuales, realmente sentidas y determinadas o determinables.

El propio artículo 822 CC prevé la concurrencia del derecho de habitación en favor del legitimario en situación de discapacidad con otros derechos de terceros. Más concretamente, la concurrencia del derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad con la posibilidad de que el cónyuge supérstite ejerza alguno de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 CC. Así, en aquellos casos en que el cónyuge supérstite casado en gananciales opte por la atribución de la vivienda habitual, el derecho de habitación operará como un gravamen sobre el inmueble. En cambio, cuando el cónyuge supérstite opte por constituir a su favor un derecho de uso y habitación, ambos derechos de habitación deben coexistir, aunque puede generar ciertos inconvenientes si la vivienda no puede cubrir las necesidades de ambos habitacionistas por cuestiones arquitectónicas.

El derecho de habitación del artículo 822 CC tiene las mismas causas de extinción que el derecho de habitación «ordinario», en concreto por las previstas en el artículo 513 CC, que regula las causas de extinción del usufructo. Sin embargo, en lo referente al derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad, debemos tener en cuenta que hay dos causas de extinción que carecen de sentido. En concreto, la extinción por expiración de plazo, dado que establecer un plazo de duración de este derecho real de habitación contravendría la finalidad de la norma, por lo que no tiene cabida en este derecho de habitación «especial». De igual modo, la extinción del derecho de habitación por cumplimiento de condición resolutoria establecida en el título constitutivo no tiene sentido en este caso concreto, pues la única condición resolutoria válida sería la desaparición de la situación de discapacidad lo que daría lugar a la desaparición de la razón de ser del derecho real de habitación del artículo 822 CC y a la ausencia de uno de los presupuestos necesarios para su constitución, con lo que dicho derecho se extinguiría automáticamente sin necesidad de condición resolutoria expresa.

En definitiva, el derecho de habitación a favor del legitimario en situación de discapacidad regulado en el art 822 CC pretende otorgar una mayor protección a la persona con discapacidad, garantizándole habitar una vivienda cuando sus familiares más cercanos fallezcan. Los presupuestos exigidos para disfrutar de los beneficios de este derecho de habitación son necesarios atendiendo a la finalidad protectora de la norma y, en caso de no cumplirlos, el habitacionista disfrutará de un derecho de habitación «ordinario», pero no con los privilegios propios del citado precepto.



## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCIA, M., *Derecho Civil*, Ed. Bosch, octava edición, 1994, tomo III vol. 2.
- *Derecho Civil*, Barcelona, 1994, octava edición, tomo V.
- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G., «Reflexiones sobre el derecho de habitación de las personas con discapacidad desde la perspectiva del operador jurídico» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 751.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil, Derechos Reales*, quinta edición, Madrid, 2015.
- BUSTO LAGO, M., «Artículos 806 a 822» en *Comentarios al Código Civil* (Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Navarra, 2006, segunda edición.
- DÍAZ-ALABART, S., «Las reformas del derecho sucesorio en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad» *Protección Jurídica de las Personas con Discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)*, (Dir. Díaz-Alabart), Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., *Los derechos reales de uso y habitación*, Madrid, 1994.
- GARCÍA HERRERA, V., *El legado de habitación a favor de legitimario discapacitado*, Madrid, 2018.
- GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Madrid, 2013, p. 41.
- GÓMEZ MARTÍNEZ, C., «El papel activo del Juez en la aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica» en *Reformas legislativas para el apoyo de las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (Drs. Lledo Yagüe, Ferrer Vanrell, Egusquiza Balmaseda, López Simó), Madrid, 2022.
- HERRAN ORTIZ, A. I., «La protección de la legítima y su repercusión en el heredero incapacitado y discapaz» en *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista* (Drs. Lledo Yagüe, Ferrer Vanrell, Torres Lana, Cord. Monje Balmaseda), Madrid, 2014.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil III, Derechos Reales*, tercera edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, Vol. II.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Contratos. Principios de Derecho Civil III*, Madrid, 2015.
- MADRINÁN VÁZQUEZ, M., «El Derecho de habitación de los legitimarios, el ajuste normativo: artículo 822 del Código Civil» en *Reformas legislativas para el apoyo de las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (Drs. Lledo Yagüe, Ferrer Vanrell, Egusquiza Balmaseda, López Simó), Madrid, 2022.
- PÉREZ ALVAREZ, M. A., «El usufructo, el uso y la habitación» en *Curso de Derecho Civil III, Derechos Reales* (Coord. De Pablo Contreras, P) Madrid, 2020, quinta edición.
- PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, Barcelona, 1989, Vol. II.



- RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Artículo 822» en *Comentarios al Código Civil* (Dir. Berco-  
vitz Rodríguez-Cano, Valencia, 2013, Tomo V.
- «El derecho de habitación establecido a favor del legitimario discapacitado  
como gravamen sobre la legítima estricta» en *Libro Homenaje al Profesor  
Manuel Albaladejo García*, Murcia, 2004, Tomo II.
- ROBLES RAMOS J., *Intangibilidad cualitativa de la legítima: excepciones*, Ma-  
drid, 2021.



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,  
JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES